



UNIVERSITÀ  
DEGLI STUDI  
FIRENZE

# FLORE

## Repository istituzionale dell'Università degli Studi di Firenze

### **Appartenenza e utilizzazione. Interessi in conflitto e criteri valutativi**

Questa è la Versione finale referata (Post print/Accepted manuscript) della seguente pubblicazione:

*Original Citation:*

Appartenenza e utilizzazione. Interessi in conflitto e criteri valutativi / M. Ermini; G. Galli. - STAMPA. - (2009), pp. 139-205.

*Availability:*

This version is available at: 2158/358718 since:

*Publisher:*

E. S. I.

*Terms of use:*

Open Access

La pubblicazione è resa disponibile sotto le norme e i termini della licenza di deposito, secondo quanto stabilito dalla Policy per l'accesso aperto dell'Università degli Studi di Firenze (<https://www.sba.unifi.it/upload/policy-oa-2016-1.pdf>)

*Publisher copyright claim:*

(Article begins on next page)

GIANNI GALLI e MARIO ERMINI

*Appartenenza e utilizzazione.  
Interessi in conflitto e criteri valutativi*

*Estratto da*  
DOMENICO RUBINO  
vol. I  
INTERESSE E RAPPORTI GIURIDICI



GIANNI GALLI e MARIO ERMINI

## Appartenenza e utilizzazione. Interessi in conflitto e criteri valutativi

SOMMARIO: 1. Tramonto degli studi sulla comunione. – 2. Sensibilità civilistiche e «valutazione degli interessi in conflitto nell'interpretazione della legge». – 3. Comunione e locazione della propria quota. Locazione nel condominio. – 4. Amministrazione del bene comune: conflitto interpretativo tra dottrina e giurisprudenza. – 5. Comunione: maggioranze, decisioni non collegiali, deliberazioni, oneri informativi. – 6. Comunista di minoranza e locazione dell'intero. Locazione a non domino. – 7. Conflitto tra norme e valutazione degli interessi. Appartenenza, godimento, doveri familiari.

1. – Gli studi sulle regole dal codice dedicate alla comunione, che pure negli anni dell'altro secolo avevano stimolato riflessioni ed offerto significativi contributi, attualmente sembrano sopiti, come es-

<sup>1</sup> Tra quelli antichi, ricordo soprattutto R. LUZZATTO, *La comproprietà nel diritto italiano. Nuovi studi*, Torino 1909; L. RAMPONI, *Della comunione di proprietà o comproprietà*, in *Il diritto civile italiano* Fiore e proseguito da Brugi, IV, Napoli-Torino 1922; L. BARASSI, *Corso di lezioni sulla comproprietà*, Milano 1929, e la 1<sup>a</sup> ed. di L. SALIS, *La comunione*, in *Tratt. dir. civ.* Vassalli, Torino 1939.

Successivi l'entrata in vigore del codice attuale, cfr. via via, quanto alle sole monografie e voci enciclopediche, D.R. PERETTI GRIVA, *Il condominio di case disposte in parti nella nuova legislazione*, Torino 1942; M. DOSSETTO, *Teoria della comunione. Studio sulla comunione dei diritti reali*, Padova 1948; G. SCADUTO, *Della comunione*, in *Comm. cod. civ.* D'Ameio e Finzi, Firenze 1948; L. BARASSI, *Proprietà e comproprietà*, Milano 1951; G. BRANCA, *Comunione. Condominio negli edifici*, in *Comm. cod. civ.* Scialoja e Branca, 1<sup>a</sup> ed., Bologna-Roma 1951; A. FEDELE, *La comunione*, in *Tratt. dir. civ.* Grosso e Santoro Passarelli, 1<sup>a</sup> ed., Milano 1951; A. GUARINO, *Comunione* (dir. civ.), in *Enc. dir.*, VIII, Milano 1961, p. 245 ss.; L. SALIS, *La comunione*, in *Tratt. dir. civ.* Vassalli, 2<sup>a</sup> ed., Torino 1956; F. GRECO, *Della proprietà*, in *Comm. cod. civ.* Pescatore, Albano e Greco, Torino 1968; M. FRAGALÀ, *La comunione*, in *Tratt. dir. civ. comm.* Ciciu, Messineo e Mengoni, Milano 1983; M. ZACCAGNINI e A. PALATIELLO, *L'amministratore giudiziario nella comunione e nel condominio degli edifici*, Napoli 1983; A. LENER, *La comunione*, in *Tratt. dir. priv.* Rescigno, 8, 2<sup>a</sup> ed., Torino 1982; G. STRASSANO, *Codice della comunione e del condo-*

seri esauriti nel tempo<sup>2</sup>. A determinare una disaffezione sopravvenuta in così tanta misura, può essere stata la complessità<sup>3</sup> indotta dall'intrecciarsi di principi giuridici innestati nel nostro ordinamento in numero crescente<sup>4</sup>, o piuttosto vi è stato l'avvento di discipline in-

minia, Milano 1984; A. PALAZZO, *Comunione*, in *Dig. disc. priv.*, Sez. civ., III, Torino 1988, p. 158 ss.; O.T. SCOZZAFAVA, *Comunione*, in *Enc. giur. Treccani*, VII, Roma 1988; U. MATTEI, *Comunione (Diritto comparato)*, in *Dig. disc. priv.*, Sez. civ., III, Torino 1988, p. 184 ss.; C. VINCI e M. GAGLIARDI, *Codice commentato della comunione e del condominio*, Padova 1988; E. COREA, *Dizionario del condominio e della comunione*, Milano 1989.

<sup>2</sup> Sul finire degli anni '80, anche allora accompagnate da una cospicua produzione di scritti minori e di note a sentenza, escono a ripetizione opere monografiche incentrate al condominio. In esse, alcune pagine introduttive sono a volte dedicate alla comunione: cfr. A. BUCCI, *Della comunione e del condominio*, Padova 1992; E. DITTA e G. TERZAGO, *Comunione e condominio*, Milano 2002; M. DOGLIOTTI, *Comunione e condominio*, in *Tratt. dir. civ.* Sacco, Torino 2006.

A interessarsi della comunione autonomamente considerata è invece un numero senz'altro esiguo di autori: da allora e fino ad oggi, i soli C. MIRAGLIA, *Gli atti estintivi della comunione*, Milano 1995; R. FAVALE, *La comunione ordinaria*, Milano 1997; C. PASQUINELLI, *Comunione ordinaria*, in *Il diritto. Enc. giur. Sole 24 ore*, III, Milano 2007, p. 472 ss.

<sup>3</sup> Come avverte con lucida consapevolezza E. NAVARRETTA, *Complessità dell'armonizzazione per principi nel sistema attuale delle fonti di diritto privato*, in *Riv. dir. civ.*, 2001, I, p. 782 ss.

<sup>4</sup> Quello di sussidiarietà in particolare, ormai di rango costituzionale. Ma pure quelli di proporzionalità – di «proporzionalità di vantaggi ed oneri correlativi» aveva scritto E. BETTI, *Teoria generale delle obbligazioni*, III, Milano 1954, p. 71, con riferimento al contratto di scambi; di recente, F. CASUCCI, *Il sistema giuridico «proporzionale» nel diritto privato comunitario*, Napoli 2001, pp. 13 ss., 378 ss., a p. 30 lo indica a «strumento di portata generale che (...) consente all'ordinamento di colmare il vuoto giuridico esistente fra diseguglianze ed eguaglianze sostanziali dei cittadini». Lo considera «attuativo di principi costituzionali», e «destinato ad incidere profondamente sulla moderna concezione del contratto che, in tal modo, si allontana definitivamente dalla tradizionale interpretazione volontaristica del principio *pacta sunt servanda*», P. PERLINGIERI (quanto al primo periodo virgolettato in *Egualitario normativo e principio di proporzionalità nei contratti* (2001), in *Id.*, *Il diritto dei contratti fra persona e mercato. Problemi del diritto civile*, Napoli 2003, p. 450, e in *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, 3<sup>a</sup> ed. rima, Napoli 2006, p. 380, quanto al secondo) – e di adeguatezza e di ragionevolezza già presenti nel nostro ordinamento, il cui rilievo ermeneutico era anticipato da P. PERLINGIERI, *Codice e Costituzione economica*, in *La riforma del codice civile*, Atti del XIII Congresso nazionale dell'Associazione italiana giuristi Avvocati, Padova 1994, p. 34. Sulla ragionevolezza, v. anche A. RUGGERI, *Principio di ragionevolezza e specificità dell'interpretazione costituzionale*, in *Ans interpretandi*, 7, 2000, p. 261 ss.; G. SCACCA, *Gli strumenti della ragionevolezza nel giudizio costi-*

novative e cangianti, in larga maggioranza variamente correlate a norme di derivazione europea? A dirottare i pensieri, ad affascinare le sensibilità di non poca parte dei civilisti contemporanei, sono la *consumer protection* e la particolare strumentazione che ne è derivata<sup>5</sup>?

Persistono e resistono invece le attenzioni sul condominio negli edifici<sup>6</sup>, di cui sono complemento le altrettanto numerose pubblica-

zione, Milano 2000, *passim*; A. RUGGERI, *Interpretazione costituzionale e ragionevolezza*, in *Pol. dir.*, 2006, p. 531; e con notevole rilievo, F. GALGANO, *La forza del numero e la legge della ragione. Storia del principio di maggioranza*, Bologna 2007, p. 241 ss., che (p. 242) vi coglie «il superamento del positivismo giuridico, dell'equazione legittimità uguale legalità», e tramite E.H. KANTOROWICZ, *Federico II Imperatore* (1927), trad. it., rist., Milano 1981, p. 233, rievoca l'affermazione di «un grande despota del tempo: "quantunque la nostra maestà sia sciolta da ogni legge, non si leva tuttavia essa al di sopra del giudizio della ragione, che è la madre del diritto"». Sulla distinzione tra ragionevolezza e proporzionalità, A. SANDULLI, *La proporzionalità dell'azione amministrativa*, Padova 1998, spec. p. 322, e D.U. GALETTA, *Principio di proporzionalità e sindacato giurisdizionale nel diritto amministrativo*, Milano 1998, p. 172 ss.

<sup>5</sup> Le cui disposizioni – secondo quanto scrive L. FRANZESI, *Ordine economico e ordinamento giuridico. La sussidiarietà delle istituzioni*, Padova 2004, p. 158 – convergono nel «contrastare le prevaricazioni di una parte nei confronti dell'altra», nel garantire «parità fra gli operatori, sanzionando tutto quanto risulti asimmetrico, eccessivo, squilibrato nei loro scambi». Ne rileva tuttavia l'«approccio tanto più paternalistico quanto più» vi si «motifichia la responsabilità» del consumatore, «per considerare sempre inaccettabile di individuare e saper fare i propri interessi», M. ARAGIUSTO, *Disinquinare e regole della concorrenza*, Padova 2006, p. 180.

All'inizio degli anni '50 dell'altro secolo, F. VASSALLI, *Espressività del diritto civile*, (ora) in *Studi giuridici*, Milano 1960, III, 2, p. 762, diffidava della «febbre ed invasiva attività normativa della Comunità europea».

<sup>6</sup> Tralascio la miriade dei coveni saggi minori pubblicati non solo in riviste di settore e mi limito a riprodurre i titoli monografici di questi ultimi anni: L. BRIGANTÉ, *Il regolamento di condominio*, Milano 2000; R. CORONA, *Regolamento di condominio*, in *Enc. dir.*, V, Milano 2000, agg.; G. PALMIERI, *Dizionario pratico del condominio*, Milano 2000; F. TAMBORINO, *Codice tecnico-legale del condominio*, 4<sup>a</sup> ed., Milano 2000; G. V. TORTORICI, *Manuale del condominio*, Milano 2000; R. CORONA, *Proprietà e maggioranza nel condominio negli edifici*, Torino 2001; M. DE TULLA, *Il diritto immobiliare. Il condominio*, IV, 6<sup>a</sup> ed., Milano 2001; M. DOGLIOTTI e A. FREGONE, *Il condominio*, in *Giur. sist. civ. comm.* Biggari, Torino 2001; F. PETROLATI e V. VITALONE, *Il condominio*, 3<sup>a</sup> ed., Milano 2001; C. SFORZA FOGLIANI, *Il codice del condominio*, Piacenza 2001; E. DITTA e G. TERZAGO, *Comunione e condominio*, cit.; G. PALMIERI, *Guida pratica alla vita condominiale*, Milano 2002; V. e R.L. RIZZI, *Il condominio negli edifici*, 9<sup>a</sup> ed., Bologna 2002; R. VIGANO, *Il condominio negli edifici*, in *Tratt. dir. priv.* Rescigno, 8, 2<sup>a</sup> ed., Torino 2002; A.A.Vv., *Responsabilità e convivenza nel condominio*, Milano 2003; A. CELESTE, *L'assemblea*, Milano 2003; F.

zioni sulla locazione di immobili urbani<sup>7</sup>. Settori, entrambi, tuttora pullulanti di monografie nuove e di edizioni aggiornate, di voci en-

LAZZARO, *Codice del condominio*, Milano 2003; M.C. PUTSONI, *Il condominio*, Padova 2003; A. SCARPA, *Le obbligazioni del condominio*, Milano 2003; G. TERZAGO, *Il condominio. Trattato teorico-pratico*, 5<sup>a</sup> ed., Milano 2003; R. CORONA, *I regolamenti di condominio*, Torino 2004; G. TERZAGO e P. TERZAGO, *La ripartizione delle spese*, Milano 2003; S. PETROLATI e C. RINZIVILLO (a cura di), *Il decoro architettonico*, Milano 2004; G. TERZAGO e A. CELESTE, *L'amministratore*, Milano 2004; A.A.Vv., *I rapporti tra assemblea ed amministratore del condominio*, Milano 2005; A. CELESTE e L. SALCIARINI, *Il regolamento di condominio e le tabelle millesimali*, 3<sup>a</sup> ed. agg., Milano 2006; M. DE TILLA, *Codice ipertestuale del condominio*, Milano 2006; M. DOGLIOTTI, *Comunione e condominio*, cit.; E. CALDARONE (a cura di), *Il condominio in 500 quesiti*, Torino 2007; A. CELESTE, *Li ti condominiali e nuovo processo civile. Prime prassi applicative con riguardo alla peculiarità della materia*, Milano 2007; A. CELESTE e A. NICOLETTI, *Impianti e servizi negli immobili in condominio*, Milano 2007; M. DE GIORGI, *Il condominio. Parti comuni, disponibilità, utilizzo*, Padova 2007; M. DE TILLA, *Dizionario del condominio*, Milano 2007; Id., *Condominio, in Il diritto. Enc. giur. Sole 24 ore*, III, Milano 2007, p. 577 ss.; A.A.Vv., *Personal Manager. L'economia nella vita quotidiana*, II, *La casa - Condominio e ristrutturazione*, Milano 2007, p. 211 ss.; M. FRACARO e G. PALMIERI, *Tutto il condominio*, Milano 2007; E. MARMOCCHI (a cura di), *Il condominio negli edifici tra realtà e personalità* (atti del convegno di studi, Bologna 7 e 8 ottobre 2005), Milano 2007; S. MERZ, R. MADONNA e P. SCOTTI, *Manuale pratico e formulario del condominio e della comunione. Commentato con la legislazione speciale e la normativa fiscale*, 3<sup>a</sup> ed., Padova 2007; P.G. MISTO, *Il condominio. Casi e questioni*, I-IV, Torino 2007; G. PALMIERI, *Condominio e responsabilità. Repertorio di casi concreti risolti alla luce della normativa e della più recente giurisprudenza*, Milano 2007; M.C. PUTSONI, *Aspetti processuali del condominio*, Padova 2007; M. SABATINI (a cura di), *Codice del condominio. Disciplina civilistica, statale e comunitaria*, Milano 2007; A. SCARPA, *Le obbligazioni del condominio. Struttura ed effetti*, 2<sup>a</sup> ed., Milano 2007; G. TERZAGO e A. CELESTE, *Il condominio. Percorsi giurisprudenziali*, Milano 2007; R. TRIOLA, *Il condominio*, Milano 2007; S. e M. REZZONICO, *Manuale del condominio*, 3<sup>a</sup> ed., Milano 2008.

<sup>7</sup> Tra altri, da ultimo, G. GRASSIELLI e R. MASONI, *Le locazioni*, I, *Contratti e disciplina*, Padova 2007; S. REZZONICO e M. REZZONICO, *Manuale delle locazioni*, Milano 2007; V. CUFFARO e F. PADOVINI, *Codice ipertestuale di locazione e condominio. Locazione*, I, Torino 2006; G. GABRIELLI e F. PADOVINI, *La locazione di immobili urbani*, 2<sup>a</sup> ed., Padova 2005; G. TRISORIO LUZZI, *Tuttela giurisdizionale delle locazioni*, in *Tratt. dir. civ. del Consiglio Nazionale del Notariato* diretto da Pietro Perlingieri, Napoli 2005; G. GRASSIELLI, *La locazione di immobili nel codice civile e nelle leggi speciali*, 2<sup>a</sup> ed., Padova 2004; V. NASINI, *Locazione di immobili urbani*, agg. 2003, in *Dig. disc. priv.*, Sez. civ., II, Torino 2003; G. VETTORI (a cura di), *Le locazioni abitative*, Padova 2002; M. TRIMARCHI, *La locazione abitativa nel sistema e nella teoria generale del contratto*, Milano 1998; G. GALLI, *Locazione di fondi urbani*, in *Comm. cod. civ. Scialoja-Branca*, a cura di F. Galgano, Bologna-Roma 1996.

ciclopédiche, di note a sentenza e di scritti minori, che danno corpo ad un panorama variegato, dove opere di ampio respiro e con intenti sistematici coesistono con saggi di taglio divulgativo; rassegne di giurisprudenza con commenti e «dizionari»; articoli stringati o variamente corposi con note di solito pragmatiche, alcune intente ad ossequiosamente parafrasare la sentenza di turno, altre a dar conto di divergenze e di contrasti interpretativi, altre ancora a registrare il farsi, od il ritorno di un orientamento giurisprudenziale, in proposito interrogandosi sugli effetti e le possibili ripercussioni.

Forse le cause di tanta perdurante vitalità sono da ricondursi, quanto al condominio, ad una domanda che è di informazione prima ancora che di conoscenza, via via che il c.d. diritto alla casa assume sembianze proprietarie e nel nostro Paese la proprietà dell'abitazione si concentra soprattutto in edifici multipiano, nelle città a più densa presenza demografica e non solo.

Quanto alla locazione, le attenzioni che attira mi sembra che dipendano non poco dalla tempestività con cui, pur in modi a volte frettolosi, le iniziative editoriali e la cura di non pochi autori inseguono da sempre – e accompagnano e commentano – la sequenza di interventi legislativi: i tanti che già prima del 1942 componevano il c.d. regime vincolistico nel lungo percorso di «decodificazione» che culmina con la l. 27 luglio 1978, n. 392; la l. 9 dicembre 1998, n. 431, che nei nostri giorni scompone ulteriormente la locazione abitativa in sottotipi, in parte affidandola alle determinazioni dell'autonomia collettiva. In nome della difesa dell'inquinato pregiudizialmente inteso quale contraente debole e di una solidarietà che negli anni smarrisce gli originari connotati<sup>8</sup>, la prolificità legislativa invade e riplasma il «far godere» immobiliare: fissa legalmente la durata del rapporto,

<sup>8</sup> P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nello stato sociale di diritto: prospettive di controllo alternativo all'intervento penale*, in S. MOCICA (a cura di), *Diritti dell'uomo e sistema penale*, I, Napoli 2002, p. 75, evidenzia che in tal modo si finisce «col riversarne l'onere su una singola ed occasionale controparte, talvolta soggetto debole anch'egli, se non altro per essere non di rado a sua volta inquinato. D'altra parte, complessivamente considerati, gli interventi normativi ed il flusso di risorse finanziarie pubbliche riversate sul settore immobiliare – emblematici i vari Piani casa che periodicamente si susseguono dall'inizio del Dopoguerra, prima accompagnando la ricostruzione del Paese, e successivamente l'immbaramento e l'emigrazione del Mezzogiorno – sembrano essenzialmente finalizzati alla costituzione di un patrimonio abitativo privato, assai poco di uno pubblico con cui calmierare il mercato o comunque sopprimere al «diritto alla casa» dei «senza tetto».

blocca l'importo del canone o lo determina con criteri restrittivi, in misura progressivamente crescente riversa sul conduttore costi ed oneri accessori che il codice imputava di regola al locatore, d'autorità comprimere pesantemente autonomia negoziale e determinazioni delle parti su tratti salienti dello specifico contratto.

A riprova si potrebbe pure indicare che è raro trovare monografie sul condominio nei cataloghi di librerie antiquarie o tra chi fa commercio di libri usati<sup>9</sup>, e che al contrario, i titoli sulla locazione abitativa vi abbondano e vi sono frequenti. Segno che la perdurante capacità del codice nel disciplinare il condominio conserva vitalità alle pubblicazioni sull'argomento; e che invece, di scritti dalla rapida senescenza perché radicati su disposizioni normative che si susseguono mutando qualcosa o molto del testo precedente, ci si disfa senza rimpianto per dar spazio all'attualità di altri.

Tuttavia, per scelta e per responsabilità dei civilisti di estrazione accademica silenziosamente ritrattisi da temi che una volta consideravano anche propri, troppe delle pagine che danno sostanza a tanti svariati lavori escono dalla penna di specialisti di settore. Quando non si risolvono nello scrivere sul bene o sul male della *ratio decidendi* di una o più decisioni, i loro frammentati interessi si riversano su questioni introdotte o indotte da una legge speciale, o su argomenti specifici dalla consistente rilevanza pratica.

Non è da escludere che il lessico stesso con cui si esprimono le leggi speciali nell'impianto normativo di alcuni di quegli istituti possa suscitare apatie od antipatie intellettuali in chi è in cerca di principi, pratica abitudini sistematiche, applica concetti. Può pure darsi comunione e condominio possano apparire terreni per così dire fin troppo arati, con pochi stimoli ed occasioni per aggiungervi i propri<sup>10</sup>.

Credo però che molto dipenda dalla perdita di effettività, d'immagine perfino, subite dal nostro codice civile<sup>11</sup>: il suo trascurso pri-

<sup>9</sup> Nella suggestiva pagina introduttiva al n. 8 del *Catalogo* (Diritto) della Libreria antiquaria Giulio Cesare di Roma, P. Rescigno li aggettiva «antichi», in un'accezione larga che permette di ricondurre il Novecento ed in particolare la prima metà del secolo ventesimo».

<sup>10</sup> Anche se A. Fedele, *La comunione*, cit., p. 4, avvertiva essere la «comproprietà uno degli istituti più tormentati e nebulosi di tutto il diritto privato».

<sup>11</sup> Emblematiche le affermazioni di N. Irti, *L'età della decodificazione*, 2ª ed., Milano 1986, p. 25 ss., secondo cui non si può «professare un'inutile e melanconica fedeltà al sistema del Codice», e di P. Perlingieri, *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, cit., che a p. 30 dà per superata «la centralità del codice civile e dei suoi

meggiare come *ius commune*, la capacità di un tempo di ordinare a sistema la fenomenologia giurisprudenziale, sono attribuiti fragili e precari<sup>12</sup> nell'attuale stagione di pluralismo ed anche di decentramento delle fonti, in cui prende faticosamente e confusamente corpo l'assetto democratico del farsi del diritto, oltre che la ricomposizione proposta – e culturalmente sollecitata – dal principio di sussidiarietà<sup>13</sup>.

istituti», e a p. 175 dichiara che il «codice civile del 1942 ha certamente perduto la centralità di un tempo. Il ruolo unificante del sistema (...) è svolto, sempre più incisivamente, dalla Carta costituzionale». Registrando come «la legislazione complementare e quella speciale» sia «venuta mano a mano estendendosi sino al punto di dar vita a vere e proprie costellazioni normative autonome rispetto al Codice», anche per G. Iudica, *Globalizzazione e diritto*, in *Contr. impr.*, 2008, p. 867 ss., «il Codice, nato per essere la legge unica e suprema, ha finito per assumere (...) un ruolo marginale e una funzione sostanzialmente residuale» (p. 877), da addebitarsi alla «crisi dello Stato legislatore» (p. 876).

<sup>12</sup> È vero che ogni tanto, assumendo il codice a contenitore dove riversare i propri prodotti, anche nel nostro ordinamento qualcuna delle leggi speciali non solo recenti tenta di preservarne la vitalità, ma si può dubitare che i sottoarticoli e l'aggiunta di ulteriori capi o titoli che ne derivano riescano a rinverdire gli attributi di grandezza e di durata che gli riconosceva anche F. Marinelli, *Gli itinerari del codice civile*, Milano 1995, fin da p. VIII s. È pur vero che P. Perlingieri ne ha da tempo proposto – e in *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, cit., anche a p. 153, tuttora ne ripropone – la rilettura «secondo la marce personalistica e solidistica del disegno costituzionale (...) in funzione del pieno sviluppo e della dignità della persona» (cui sono del resto pure finalizzati i trenta articoli della *Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo* del 10 dicembre 1948); ma quasi alzando le mani in segno di resa, il recente giudizio di M. Aurns, *Vita e morte di una Costituzione. Una storia italiana*, Roma-Bari 2006, p. 137, è che la Costituzione – anche nei «suoi principi fondativi (...) quotidianamente calpestati» – è «morta». E la scomposizione tra atti civili e contrattati d'impresa, in questi anni più o meno esplicitamente teorizzata, e parzialmente praticata col codice del consumo, non finisce per cautamente ricondurre all'esperienza della doppia codificazione antecedente il 1942, per in qualche modo interrompere – piuttosto che sviluppare – il processo di commercializzazione del diritto privato, con tenacia perseguito da Filippo Vassalli e tuttora – N. Irti, *o.n.c.*, p. 43, e G.B. Ferri, *Patologie contrattuali e circolazione della proprietà*, in *Il negozio giuridico*, Appendice, Padova 2004, p. 343 ss., tra gli altri – considerato il connoato o il pregio del codice vigente?

<sup>13</sup> Prima che fosse incardinato nell'art. 118, comma 4, e nell'art. 120, comma 2, cost. (nella riscrittura adottata dalla I. costituzionale n. 3 del 2001), F. Benvenuto, *Sussidiarietà e Pubbliche Amministrazioni*, in F. ROVERSI MONACO, *Sussidiarietà e pubbliche Amministrazioni*, Rimini 1997, p. 51, ne avvertiva la capacità di cambiare «il modo di essere dell'ordinamento e di comprenderlo», ne indica successivamente l'indoneità a «sommoveler[e] le radici stesse della giuridicità», G. Berti, *La giuridicità pubblica e la riforma del Titolo V, parte II, della Costituzione*, in *Ius*, 2002, p. 62.

In proposito autorevolmente tuttora si sostiene che «la pluralità delle fonti non comporta necessariamente una concezione pluralistica o atomistica dell'ordinamento: questo ha una sua unitarietà allorché è fondato su valori unitari e sulla gerarchia delle fonti che concorrono a formarlo»<sup>14</sup>, comunitarie o internazionali, nazionali o regionali che siano.

Ma sul finire del secolo scorso, l'insegnamento di un linceo avvertiva viceversa «la tendenza delle regole di ciascuna categoria ad organizzarsi in insiemi normativi che, rispetto alla globalità del diritto positivo, si atteggiavano come sistemi parziali (gli istituti, le materie, i comparti)»<sup>15</sup>. In quello stesso anno un altro linceo, il civilista della «decodificazione», esaltava sì la capacità di durata del codice ed il suo «grandeggiare tra le fonti del diritto»; ma poi, nella «folla delle leggi speciali» che anche allora e da tempo lo contornavano, accertava la consistenza di «microsistemi» dotati di propri «principi regolativi», conseguentemente concludendo per una «veduta pluralistica»<sup>16</sup>. Appena dopo, agli albori di questo secolo nuovo si scrive di «ordinamenti normativi parziali», specificando che «non vi è più un centro dell'ordinamento, ma una mobilità ed una plasticità del normativo, che contribuiscono a modificare sensibilmente il quadro e la logica tradizionale del giuridico»<sup>17</sup>.

Inserite in tale contesto le considerazioni che precedono sembrano complessivamente riproporre la scissione tra «cultura del Foro» e

<sup>14</sup> P. PERLINGIERI, *Complessità e unitarietà dell'ordinamento giuridico vigente*, in *Rass. dir. civ.*, 2005, I, p. 188.

<sup>15</sup> A. FAZZA, *La Costituzione e l'ordinamento giuridico*, in *Ricerche di teoria generale del diritto e di dogmatica giuridica*, I, Milano 1999, p. 470.

<sup>16</sup> Le citazioni di N. IRTI, sono rispettivamente estratte da *Codice civile e società politica*, Roma-Bari 1999, p. 17, e da *Teoria generale del diritto e problema del mercato*, in *Rev. dir. civ.*, 1999, I, p. 27. Dello stesso, cfr., *amplius*, *L'età della decodificazione* (1979), 4<sup>a</sup> ed., Milano 1999, il successivo ripensamento in *Nichilismo giuridico*, Roma-Bari 2004, p. 5 ss., e da ultimo *Codici di settore: compimento della «decodificazione»*, in *Dir. soc.*, 2005, p. 131 ss.

Rilevi critici avanzati in proposito P. PERLINGIERI, *Valori normativi e loro gerarchia. Una precisazione dovuta a Natalino Irti*, in *Rass. dir. civ.*, 1999, p. 787, nota 2. Id., *L'ordinamento vigente e i suoi valori. Problemi del diritto civile*, Napoli 2006, p. 327 ss.; Id., *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, cit., p. 175 ss., 196 ss. In argomento, anche G. BENEDETTI, *Relazione di sintesi*, in *Rass. dir. civ.*, 1986, p. 282 ss.

<sup>17</sup> G. ZACCARIA, in F. VIOLA e G. ZACCARIA, *Diritto e interpretazione. Lineamenti di teoria ermenutica del diritto*, 3<sup>a</sup> ed., Roma-Bari 2001, p. 274, su cui cfr. le riserve di P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, cit., p. 558.

«cultura dell'Università», quasi rievocare l'antica dicotomia tra «giurisprudenza degli interessi» e «giurisprudenza dei concetti»<sup>18</sup>.

Alcuni – gli specialisti di settore di cui ho detto, avvocati e magistrati in particolare<sup>19</sup> – intenti a radicare sul caso concreto le loro attenzioni, a reperire la regola cui ricondurlo e con cui risolverlo, sono sì costretti a fare i conti col pullulare di molteplici fonti, sempre più con quelle di organi comunitari e di consigli regionali e con, atti di autonomia collettiva; a coordinare dati normativi di vario livello; a procedere ad una meticolosa ricognizione e consultazione di testi per tra l'altro verificare se quella che hanno sotto gli occhi sia

<sup>18</sup> D. RUBINO, *La valutazione degli interessi nell'interpretazione della legge*, in *Foro it.*, 1949, IV, c. 5, spiega che la prima, pur non «delineata in limiti rigidi, precisi», «fuori di Italia ha avuto il suo periodo di auge, poi è decaduta. In Italia, invece, non ha mai dato luogo a molti studi ad essa appositamente e direttamente dedicati», perché «gli italiani, per loro natura, sono portati a risolvere tale questione, più che con ricerche dirette di ordine generale, indirettamente, nella sua fase di applicazione, cioè in occasione delle indagini sui singoli problemi giuridici sostanziali e della interpretazione delle varie norme», dove «l'orientarsi prevalentemente in un senso o in un altro (...) dipende per larga parte dal temperamento personale dell'interprete».

La contrapposizione era decisamente rifiutata da S. PUGLIATTI, *La giurisprudenza come scienza pratica* (1950), in *Gianninica e diritto*, Milano 1978, p. 103 ss., e Id., *Finzione*, in *Enc. dir.*, XVII, Milano 1968, p. 659. Nello stesso ordine d'idee, e lo giace già nel titolo, la prolusione camette di P. PERLINGIERI, *Produzione scientifica e realtà pratica: una frattura da evitare* (1969), in *Scuole tendenze e metodi. Problemi del diritto civile*, Napoli 1989, p. 1 ss., di cui cfr., successivamente, *Salvatore Pugliatti ed il «principio della massima attuazione della Costituzione»*, in *Rass. dir. civ.*, 1996, p. 808 e nota 2, e pure, Id., *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, cit., ove, a p. 349, l'invito a «ragionare per problemi non per concetti», e a conseguentemente cambiare «atteggiamento mentale». G. CIAM, *Il diritto civile come diritto privato comune (Ruolo e prospettive della civiltà italiana alla fine del XX secolo)*, in *Rev. dir. civ.*, 1989, I, p. 13, avverte la mancata «vocazione» dei civilisti «per un genere di letteratura che sia soprattutto rivolta a presentare principi e ricostruzioni di istituti in funzione della soluzione di problemi concretamente individuati».

Sull'evoluzione della giurisprudenza degli interessi in giurisprudenza dei valori nella cultura giuridica tedesca, cfr. H.M. PAWLOWSKI, *Introduzione alla metodologia giuridica*, a cura di S. Mazzamuto e L. Nivarra, Milano 1993, pp. 106 ss. e 111 ss., su cui v. B. PASTORE, *Questioni di metodo, società pluralistica e ruolo dei giuristi. A proposito dell'introduzione alla metodologia giuridica di Hans-Martin Pawlowski*, in *Dir. priv.*, 1996, II, *Condizioni generali e clausole vessatorie*, Padova 1997, spec. p. 743 ss.

<sup>19</sup> L'estensore delle *Istruzioni per gli autori* di un recente manuale di diritto privato, a più voci ed in più volumi, li qualifica «operatori medi».

davvero l'ultima edizione di una norma «*in progress*»<sup>20</sup>. Ma se l'ordinamento sia uno o policentrico, se uno specifico articolo sia scritto nel codice civile od invece altrove, poco o nulla pare riguardarli<sup>21</sup>. Tutt'al più potranno rimpiangere l'antico proporsi del primo come sede e fonte del diritto privato, a confronto con l'incerta individuazione di testi dalla cangiante durevolezza, sgangherati nel lessico oltre che di concezione<sup>22</sup>.

Invece gli altri — per deduzione, evidentemente quanti possono essere assimilati a cultori di concetti — sedotti da qualche codice novello<sup>23</sup>, oppure da un testo legislativo con principi e contenuti non poco innovativi, orientano sempre più i propri studi fuori dai percorsi e dagli istituti «classici» del codice civile: li indirizzano su strade diverse e centrifughe, lungo le quali attecchiscono e si sparpagliano i

<sup>20</sup> Poiché non poche delle disposizioni contemporanee acquisite nel nostro ordinamento da direttive europee sono frequentemente rivisitate e modificate al mutare della loro fonte principale, G. ALPA, *La trasparenza dei contratti bancari*, Bari 2003, p. 13, le dice appunto «*in progress*», spiegando — Id., *Aspetti e problemi di metodo di analisi del contratto nella letteratura inglese*, in *Econ. dir. terr.*, 2003, p. 631 — che «una volta introdotta», una direttiva la «si può migliorare. Si verifica quale resa abbia sortito e come di debba modificare per migliorarne gli effetti». Detagliare indicazioni sugli effetti di tale metodologia, in M. ARAGUSTO, *Dinamiche e regole*, cit., p. 197 s.

<sup>21</sup> Analoghe considerazioni in P. PERLINGHERI, ora anche in *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, cit., p. 292 ss.

<sup>22</sup> In proposito, G.B. FERRI, *Filippo Vassalli o il diritto civile come opera d'arte*, Padova 2002, p. 122 s., lamenta leggi «fatte da chi non conosce non soltanto l'arte, ma neppure la grammatica e la tecnica di come debba essere formulata una legge, della quale, inoltre ignora gli eventuali precedenti», aggiungendo che «le leggi sempre più appaiono frutto di compromessi e, quando non palesano contraddizioni al loro stesso interno, si dimostrano oscure, lasciando il destinatario nell'incertezza di una corretta interpretazione».

<sup>23</sup> A ragione o a sproposito, di questi tempi il *nomen* codice ha fortuna, e non solo nel lessico del legislatore. Accompagnano ed anche accerchiano quello civile, attualmente il codice in materia di protezione dei dati personali (d.lg. 30 giugno 2003, n. 196), e quelli dei beni culturali e del paesaggio (d.lg. 22 gennaio 2004, n. 42), della proprietà industriale (d.lg. 10 febbraio 2005, n. 309), del consumo (d.lg. 6 settembre 2005, n. 206), delle assicurazioni private (d.lg. 7 settembre 2005, n. 209), dell'amministrazione digitale (d.lg. 7 marzo 2005, n. 82), dell'ambiente (d.lg. 3 aprile 2006, n. 152), dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture (d.lg. 12 aprile 2006, n. 163). Sulla crescente moltitudine dei diversi codici di autodisciplina, alcuni proposti da leggi interne o anche da direttive comunitarie, cfr. M. ARAGUSTO, *Dinamiche e regole*, cit., p. 131 ss.

minuti e particolari interessi di quanti camminano avanti senza quasi guardarsi indietro.

Ed è anche per questo se alla fine di quel codice rimarrà solo il rimpianto; o il sorriso, come per il gatto di Alice nel paese delle meraviglie.

Per rendere comunque omaggio a quel che tuttora ne resta, i numeri degli articoli richiamati nei paragrafi che seguono, salvo contraria indicazione sono quelli del codice civile, senza quindi bisogno che ogni volta se ne debba ripetere la fonte.

2. — Nonostante quanto precedentemente rilevato sull'attuale disinteresse della dottrina, riviste e repertori di giurisprudenza — pur in misura e con frequenza certamente minori di quanto avviene per il condominio negli edifici e per la locazione di fondi urbani — pubblicano tuttora massime e sentenze in tema di comunione. A volte i tre istituti vi si leggono intrecciati, nelle variabili combinazioni proposte dalla specificità della concreta fattispecie.

Qui come altrove, qualcosa — gli argomenti con cui il giudice motiva la propria decisione<sup>24</sup>, il principio condensato in una massima, magari la *quaestio* che emerge dalla descrizione dei fatti (*da mihi factum dabo tibi ius*) — può pur sempre attivare gli interessi o la curiosità di qualche civilista.

Culture di scienze sociali<sup>25</sup> assieme e non meno di altri interpreti, pure lui ha infatti «a che fare con la vita»<sup>26</sup>.

<sup>24</sup> M. LUPOL, *L'interesse per la giurisprudenza: è tutto oro?*, in *Contr. impr.*, 1999, p. 236, ricorda l'impegno di Gino Gorla perché «le riviste pubblicino le sentenze nel loro testo integrale», e dunque senza omissioni circa il fatto. M. BIN, *Funzione informativa della Cassazione e valore del precedente giudiziario*, ivi, 1988, p. 557 s., mentre sollecita che nella redazione delle sentenze sia data «maggiore attenzione all'enunciazione della fattispecie concreta e, soprattutto, delle vere ragioni della decisione», sostiene che le massime «dovrebbero non indulgere all'extrapolazione di principi generali ed astratti dalla decisione sul caso concreto, indicare con esattezza la *ratio decidendi* del caso e la concreta fattispecie decisa».

<sup>25</sup> Non dissimile la consapevolezza di D. RUBINO, *La valutazione degli interessi*, cit., c. 7, a cui avviso «il diritto non è una scienza esatta, suscettibile di dimostrazioni matematiche, ma una scienza umanistica, con quel tanto di incerto, di personale e di relativo che tali discipline e l'uomo stesso sempre comportano».

<sup>26</sup> Così K. ENGELSTEN, *Introduzione al pensiero giuridico*, Milano 1970, p. 59, cui può aggiungersi l'elegante rilievo di A. FAZZEA, *Unità del diritto?*, in *Riv. dir. civ.*, 2005, p. 220: «al di là della singolarità delle vicende in cui si scandisce la vita degli uomini e che porta alla occasionalità delle loro vicende, vi sono delle costanti di



E se è vero che «nulla di ciò che è umano può essere considerato estraneo al diritto»<sup>27</sup>, dal suo «angolo di visuale» pure lui osserva e valuta l'atteggiarsi di comportamenti individuali e di relazioni intersoggettive per «cogliere pienamente, oltre all'aspetto tecnico, che del diritto costituisce l'intelaiatura, quello umano, che ne costituisce il fondamento»; per qualcuno con la consapevolezza che «le norme del diritto privato» regolano «rapporti fra uomini, e quindi posizioni antitetiche, o che tali possono divenire, e in definitiva conflitti di interessi»<sup>28</sup>.

fondo che riducono in continuo il discontinuo del modo di presentarsi della vicenda umana. Ed è a questa trasformazione della discontinuità in continuità che è legata la trasformazione degli interessi in valori».

Sull'afferenza del diritto alle scienze sociali, cfr. la prolusione di R. NICOLÒ, *Riflessioni sul tema dell'impresa e su talune esigenze di una moderna dottrina del diritto civile*, in *Riv. dir. comm.*, 1956, I, p. 177 ss., e le pagine sapienti di R. ORESTANO, *Della «esperienza giuridica» vista da un giurista*, in «*Diritto. Incontri e scontri*», Bologna 1981, p. 487 ss., di S. PUGLIATTI, *La giurisprudenza come scienza pratica*, cit., p. 103 ss., e di P. PERLINGIERI, *Produzione scientifica e realtà pratica*, cit., p. 6 ss. Di quest'ultimo, v. anche *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, cit., dove, a p. 11 la qualificazione del «diritto quale scienza sociale», a p. 59 la «consapevolezza che il fenomeno giuridico non si esaurisce in quello legislativo e giurisprudenziale ma si identifica con l'esperienza complessiva del sociale», a p. 182 l'affermazione che «*lo ius* è parte della *societas*, (...) *lo ius* dipende dal tipo di *societas*».

In particolare, che «diritto ed economia non sono e non possono essere sfere separate e contrapposte, ma sono realtà strettamente intersecate (...)» che si condizionano reciprocamente», sostiene tra gli altri P. SCHLESINGER, *La cartolarizzazione dei crediti*, in *Riv. dir. civ.*, 2001, I, p. 265. Già prima, A.T. KRONMAN, *The Lost Lawyer*, Cambridge (Mass.) 1993, p. 166, rilevava che «in quasi ogni area del diritto una buona conoscenza della teoria economica è ormai richiesta per chi vuole tenersi al corrente degli sviluppi scientifici».

<sup>27</sup> L'affermazione è di F. RICAUX, *La loi des juges*, Paris 1997, p. 7. Per R. NICOLÒ, *Diritto civile*, in *Enc. dir.*, XII, Milano 1964, p. 307, le categorie giuridiche sono «strumenti di conoscenza di una realtà alla quale si devono continuamente adeguare»; similmente P. PERLINGIERI e P. FEMMA, *Realtà sociale e ordinamento giuridico*, in P. PERLINGIERI, *Istituzioni di diritto civile*, 6ª ed., Napoli 2001, p. 3, scrivono che lo «studio delle regole è una forma di conoscenza della realtà». Sulla concezione del diritto come «fenomeno culturale prodotto dall'uomo», oltre ad A. KAUFMANN, *Filosofia del diritto ed ermenutica*, trad. it., Milano 2003, p. 54 (di cui è la frase virgolettata), v. anche R. TREVES, *Il diritto come componente della cultura* (1979), in Id., *Il diritto come relazione. Saggi di filosofia della cultura*, Napoli 1993, p. 197 ss.; A. FATZEA, *Sistema culturale e sistema giuridico*, in *Riv. dir. civ.*, 1988, I, p. 1 ss.

<sup>28</sup> I periodi virgolettati sono di D. RUBINO, *La valutazione degli interessi*, cit., c. 5 s.

In tema di interessi, intesi come «esigenza di beni o valori da realizzare o da

Che poi analisi e considerazioni dipendano «per larga parte dal temperamento personale dell'interprete»<sup>29</sup>, dalla sua cultura oltre che dalla sua sensibilità, accade sempre, ad ogni persona ed in ogni vicenda umana. Anche al civilista.

Potrà perciò dedurre ed indicare che il diritto al presente «muta rapidamente nel tempo, ma si uniforma sempre più nello spazio»; registrare che «oggi il contratto fra privati prende il posto della legge in molti settori della vita sociale»; riscontrare perfino il successo di una «nuova giuridica alchimia»<sup>30</sup>.

Oppure, constatando l'addensarsi e l'intersecarsi di più discipline in una data decisione, ognuna radicata in un proprio e apparentemente autonomo istituto, interessarsi a saggiarne i collegamenti o a tentarne un qualche coordinamento.

Oppure ancora, proponendosi quale «ostetrico del diritto»<sup>31</sup> sarà disponibile a saggiare il perché del «modesto ruolo» assunto «nella interpretazione della legge dal criterio della valutazione degli interessi

proteggere», tuttora di rilievo le indicazioni di E. BERRY, *Interesse (Teoria generale)*, in *Notiss. dig. it.*, VIII, Torino 1962, p. 838 ss.; per ulteriore approfondimento, P. FEMMA, *Interessi e conflitti culturali nell'autonomia privata e nella responsabilità civile*, Napoli 1996, spec. p. 347 ss.

<sup>29</sup> Così D. RUBINO, o.c., c. 5, successivamente (c. 7) segnalando la «relatività» che consegue a «quella subjetività», peraltro entrambe «temperate dal fatto che l'interprete (...) deve tenere conto di tutto il sistema giuridico positivo e degli orientamenti che da esso può trarre»; d'altra parte, «il diritto non è una scienza esatta ma una scienza umanistica, e perciò risente del subjetivismo umano, ma, quando una soluzione è, umanamente, proprio giusta ed equilibrata, essa finisce sempre col l'imposi».

Da ultimo, sulla «personale sensibilità» e sulle «propensioni ideali di ciascuno», scrive anche F. GALGANO, *La forza del numero*, cit., p. 11. Di L. LOMBARDI VALLAURI, *Saggio sul diritto giurisprudenziale*, Milano 1975, p. 604 ss., p. 610, la qualificazione del diritto come «giurisprudenziale della personalità».

<sup>30</sup> Le tre frasi di F. GALGANO sono estratte da *La globalizzazione nello specchio del diritto*, Bologna 2005, rispettivamente p. 99, p. 8, e p. 18 quanto all'alchimia: «un tempo i contratti servivano solo per far circolare le cose; oggi servono anche per farle, per creare prodotti finanziari. Un'accorta combinazione di parole, giacché di parole sono fatti i contratti, crea a questo modo ricchezza. L'antica alchimia mancò l'obiettivo di produrre dal nulla l'oro; questa nuova giuridica alchimia lo realizza». Anche per M.R. FERRARESE, *Il diritto al presente. Globalizzazione e tempo delle istituzioni*, Bologna 2002, p. 137, alla «crisi della legislazione, nella società globalizzata, corrisponde (...) un trionfo del diritto contrattuale, diritto flessibile per eccellenza, capace di adattarsi alle più diverse esigenze e (...) di dedizione al futuro».

<sup>31</sup> Così D. RUBINO, o.c., c. 6, affermando che «l'interprete, e segnatamente il giudice, non è tenuto a creare norme giuridiche» (c. 6).

in conflitto», chiedendosi e precisando «i nessi tra questo e gli altri mezzi di interpretazione»<sup>32</sup>. E a posteriori ripercorrendo la trama dei propri pensieri, si renderà magari conto<sup>33</sup> di essere «inconsapevolmente» ed «istintivamente» portato a «trovarne il bandolo sotto il profilo della valutazione degli interessi in conflitto», e che «questo poteva essere il profilo decisivo».

Un flusso di riflessioni e di considerazioni dense di suggestioni a vario livello, che i limiti dell'indagine costringono a tuttavia interrompere.

Comprimendola in più angusti orizzonti, due casi, su versanti diversi, possono però mantenere attiva l'osservazione.

Il primo<sup>34</sup>, in tempi ormai remoti era proposto dall'autorevole rivista cui si riferiscono queste note.

La parte inizialmente inadempiente di «un contratto bilaterale al quale sia stata apposta una clausola risolutiva espressa», può successivamente offrire l'integrale adempimento, comunque «prima che il creditore abbia dichiarato all'inadempiente che intende valersi della clausola»<sup>35</sup>?

<sup>32</sup> Così, anche per il successivo periodo virgolettato, D. RUBINO, nel saggio cit. criticando «quella che un tempo si chiamava "giurisprudenza degli interessi"» (c. 5) – i cui «principali assertori (...) hanno prospettato come metodo totale di interpretazione, che non conosca limiti a sé stesso, che si contrapponga al metodo logico e alla sistematica e li escluda, basando da solo a risolvere ogni problema di interpretazione» (c. 6). – e tuttavia ascrivendole il merito «di avere richiamato l'attenzione sul conflitto di interessi «e sulla sua importanza per le conseguenze che possono trarsene» (c. 5). Analogo dissenso in M. ROTONDI, nella *Prefazione* alla 3ª ed. delle *Istituzioni di diritto privato*, Milano 1936: «L'errore di molti, se non di tutti – certo non dei migliori – tra i seguaci della cosiddetta giurisprudenza degli interessi è di finire per rendere troppo scarso omaggio alla norma costituita, per ricercare la razionale composizione degli interessi contrastanti, il che finisce nel diritto libero, più o meno consapevolmente voluto».

<sup>33</sup> Lucidamente, e non senza una dose di sorpresa, lo riconosceva D. RUBINO, o.c., c. 4.

<sup>34</sup> Quanto al secondo, v. *infra*, § 3.

<sup>35</sup> Nella questione proposta da D. RUBINO, o.c., nota 1, c. 4 (di cui sono anche le frasi successivamente riportate nel testo, in merito allo stesso caso), l'inserzione della clausola è evidentemente volontaria e risponde all'interesse del contraente che l'ha predisposta. Nella dottrina successiva – cfr. M. COSTANZA, *La condizione unilaterale*, in *Studi in onore di A. Falzea*, II, 1, Milano 1991, p. 247; P. MAGGI, *Condizione unilaterale*, Napoli 1998, p. 160; C.M. BIANCA, *Diritto civile*, III, *Il contratto*, 2ª ed., Milano 2000, p. 558; R. SACCO, in R. SACCO e G. DE NOVA, *Il contratto*, II, in *Tratt. dir. civ.*, Sacco, 3ª ed., Torino 2004, p. 141 ss. – prevalgono gli in-

Nell'anno in cui il saggio col suo quesito e con la «valutazione degli interessi in conflitto nell'interpretazione della legge» compari-

tersi per la condizione unilaterale. Di questi giorni, la monografia di V. PUROTTI, *Inadempimento e risoluzione anticipata del contratto*, Milano 2008, spec. p. 271 ss., offre pregevoli considerazioni ed indicazioni sull'argomento.

In *Libertà contrattuale e inserzione autonoma di clausole*, in *Mon. cred.*, 1948\*, p. 530 ss., D. RUBINO considerava lesive dell'autonomia contrattuale tanto l'inserzione che la sostituzione automatica di clausole di cui agli artt. 1339 e 1419, comma 2, c.c. Ugual ordine di idee, all'epoca, in G. STOLFI, *Teoria del negozio giuridico*, Padova 1947, p. XXIII ss., ed A. DE MARTINI, *Inserzione automatica dei prezzi di cabiniere nei contratti*, in *Giur. compl. Cass. civ.*, 1949, III, p. 792; in seguito, anche in G. OSTI, *Contratto*, in *Noviss. dig. it.*, IV, Torino 1959, p. 528; G. CRISCUOLI, *La nullità parziale del negozio giuridico. Teoria generale*, Milano 1959, p. 224 ss.; F. MISSINEO, *Contratto (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, IX, Milano 1961, p. 942; G.B. FERRI, *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, Milano 1966, p. 334.

Analoga affermazione in M. GIORGIANNI, *Forma degli atti (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, XVII, Milano 1968, p. 994, quanto alla forma *ad substantiam* che «costituisce una deroga penetrante (...) alla stessa autonomia privata». Dagli artt. 41 e 3, comma 2, cost., O. PROSPERI, *Forme complementari e atto recitativo*, in *Riv. dir. comm.*, 1976, p. 198, deduceva che la «forma degli atti giuridici privati deve essere, normalmente, libera sia per favorire l'iniziativa economica privata sia per non creare ostacoli di ordine economico, che limitino di fatto la libertà e l'uguaglianza dei cittadini»; di C.M. BIANCA, *Diritto civile*, III, cit., p. 280, il rilievo che «le prescrizioni di forma si siano sottratte alla problematica della costituzionalità dei limiti legali all'autonomia privata». Critico nei confronti di quanti rivendicano «una nebbiosa e sconfinata libertà delle parti» sulle forme, è invece N. IRTI, *Idola libertatis. Tre esercizi sul formalismo giuridico*, Milano 1985, p. 19 ss.; nello stesso senso, F. VENOSTA, *La forma nei negozi preparatori e revocatori*, Milano 1997, p. 307 ss.; D. MAFFIIS, *Autonomia privata, formalismo volontario e nullità del contratto*, in *Contratti*, 1996, p. 420; U. MAFFIOLLO, *Considerazioni in tema di condizioni generali di contratto*, in *Rass. dir. civ.*, 1986, p. 73, ed anche – ma nella diversa prospettiva che correa le singole prescrizioni di forma agli «interessi che» la «giustificano» in relazione «ai valori, specie quelli fondamentali, caratterizzanti il sistema» – P. PERTUNGHERI, da ultimo in *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, cit., pp. 247 ss., 417 ss., specie p. 424.

I termini del dibattito di allora, lo stesso «vicio rigorismo» delle forme lamentato da O. PROSPERI, o.c., non solo a p. 230, possono risultare anacronistici in un presente pullulante di episodi di eterodeterminazione delle forme negoziali, atti unilaterali compresi (il recesso in particolare: quello del conduttore; le dimissioni tanto del coltivatore diretto che del lavoratore subordinato; e nel cod. consumo, gli artt. 34, comma 2, 35, comma 1, e 71). Ad importi è non solo il nostro legislatore, anche conformandosi a modelli comunitari, ma pure, da questo delegata, i prodotti di un'autonomia collettiva rodati nell'alveo laburistico e da lì strappati in altri settori: in tema di contratti agrari, v. artt. 32, comma 2, e 45, della l. 3 maggio 1982, n. 203; l'art. 2, comma 3, della l. n. 431 del 1998 sulla locazione abitativa; gli «accordi in-

vano sulle colonne del *Foro italiano*, la nostra Carta costituzionale da poco entrata in vigore per molti era da scoprire.

In quei giorni, strumenti come penne biro e fotocopiatrici, computer e banche dati<sup>36</sup>, erano da venire: chi allora si occupava di argomenti e di concetti giuridici accumulava carta stampata – libri e reportori e riviste e raccolte o testi di leggi – con cui riempiva il tavolo di lavoro per poi sfogliare, consultare, appuntare e postillare, con paziente lettura e consapevolezza critica.

Così procedendo, acquisto che in risposta all'interrogativo la «tesi affermativa» sostenuta da dottrina e giurisprudenza era «ormai nettamente prevalente», ci si sarebbe potuti accontentare di seguire il flusso della corrente<sup>37</sup>.

Chi però condivideva con l'Ulisse della Commedia dantesca passione e determinazione a «seguir virtute e canoscenza», le sapeva entrambe non delegabili. E dunque inappagato dalla mera conformazione alle tesi altrui, pressoché inevitabilmente approfondiva per proprio conto; e con autonomia e sovranità di ricerca utilizzava «i concetti e la sistematica, che deriva dai loro collegamenti (a piramide o in senso verticale)».

terprofessionali» dell'art. 3, comma 2, della l. n. 192 del 1998, che prevalgono sulle norme del contratto di subfornitura. Quanto alle c.d.d. autorità amministrative indipendenti, *ex multis*, tra i civilisti cfr. G. De Nova, *Il contratto ha forza di legge*, in *Scritti in onore di R. Sacco*, II, Milano 1994, p. 332 s.; G. Gitti, *Autorità indipendenti, contrattazione collettiva, singoli contratti*, in *Riv. dir. priv.*, 2003, p. 255 ss.; M. Aragusto, *Dinamiche e regole*, cit., spec. p. 112 ss.

<sup>36</sup> Nella pagina introduttiva al cit. *Catalogo della libreria romana G. Cesare*, è pressoché con rimpianto che P. Rescigno avverte come la «tecnica moderna che rende possibile trasmettere ed acquisire conoscenze senza» il supporto «della materiale, fisica «appartenenza» del testo cartaceo», «finisce col privarci di una «mediazione» che non si esauriva nel possesso di una cosa». E invece con compiacimento che G. Pascuzzi, *Ipotesi giuridico: riflessioni su un nuovo genere letterario*, in V. Rizzo (a cura di), *Diritto e tecnologie dell'informazione*, Napoli 1998, p. 247, spiega le nuove frontiere dell'ipertesto: «i documenti sono legati tra loro da un reticolo di nodi. Il lettore può scegliere di seguire traiettorie diverse nella consultazione semplicemente decidendo di raggiungere un nodo anziché un altro». In argomento, v. anche A.A. Martino, *Intelligenza artificiale e diritto*, in D.A. Limone (a cura di), *Dalla giuritecnica all'informatica giuridica*, Milano 1995, p. 217 s.; e P. Perlingieri, *Il diritto civile*, cit., pp. 56 e 67 ss., che avverte sui limiti dell'informatica nella formazione del giurista.

<sup>37</sup> Di un'adesione *sic et simpliciter*, cioè «senza infamia» e si potrebbe dire addirittura con qualche «lode», se qualche solerte scrittore si fosse premurato di aggiornare la bibliografia di una sua nota, allungandola con la citazione del nuovo adepto.

Ed infatti, con «ordinata indagine giuridica» indagava sul fondamento della tesi maggioritaria, secondo cui «la dichiarazione stragiudiziale di volersi avvalere della clausola ha carattere costitutivo e non meramente dichiarativo della risoluzione, tanto vero che senza di essa la risoluzione non si verifica». Non ne era convinto e lo riteneva argomento tutt'altro che «decisivo da solo: inverò, siccome la risoluzione, quando poi si verifica, è retroattiva, non sarebbe tecnicamente, inconcepibile od aberrante che il diritto positivo tutelasse già internamente l'interesse del creditore col precludere al debitore la possibilità di un successivo adempimento nell'intervallo, dopo l'inadempimento iniziale». Allora adottava il «profilo (...) conducente e realistico» della «valutazione degli interessi in contrasto», quale criterio integrativo consentito dall'ordinamento in margini ristretti<sup>38</sup>, «per giungere alla medesima soluzione» percorrendo un differente itinerario logico-giuridico.

Alla fine, una risposta articolata distingue la vera e propria clausola risolutiva da altra, che le somiglia ma che è tale solo in apparenza per essere invece centrata sul «tempo dell'adempimento, in quanto il creditore abbia considerato essenziale per lui che l'adempimento avvenga entro un dato termine».

Rispetto a quest'ultima, «io credo che allora, in realtà, non si ha più una clausola risolutiva espressa, ma un termine essenziale (per volontà delle parti): e in tal caso la questione non sorge neanche, perché si applica l'art. 1457 2° comma».

Invece, quando «la volontà delle parti non ha considerato essenziale il fattore tempo, e si tratta della inosservanza di una qualsiasi

<sup>38</sup> V. *infra*, nota 48, sulla concezione di D. Rubino, *La valutazione degli interessi*, cit., in tema di «criterio degli interessi», inteso in «una accezione ben diversa e opportunamente temperata» rispetto ad alcuni fautori della giurisprudenza degli interessi «scivolati fino nella c.d. scuola del diritto libero» (c. 6).

Da «ostetrico del diritto» (c. 6) che non apprezza chi inventa norme nuove (c. 6), inserendosi nel dibattito allora attuale sul «metodo della giurisprudenza degli interessi», D. Rubino ne rilevava la convergenza con le «idee» di «coloro che lo ripudiano» (c. 5), nella misura in cui esso teorizza «che il contenuto della norma, cioè la composizione di quel conflitto, va trovata valutando gli interessi in contrasto, cioè stabilendo quale di essi, in quali limiti e in quali circostanze, appaia prevalente, e quindi vada tutelato a preferenza dell'altro, e con quali mezzi». Quanto alle ragioni del dissenso su quel metodo, «prospettato come metodo totale di interpretazione», e sulla «c.d. scuola del diritto libero» di cui dà «senz'altro per esclusa la legittimità», v. *retro* nota 32.

altra modalità della prestazione, allora la considerazione decisiva è che l'interesse giuridicamente tutelabile del creditore, anche con la più efficace tutela della clausola risolutiva espressa, consiste solo in ciò, che questo inadempimento, se permane, conduce alla risoluzione, senza bisogno di intervento di giudice, e quale che sia la gravità dell'inadempimento stesso; ma se successivamente il debitore offre di eliminare quell'inadempimento, non vi è più ragione per ravvisare un apprezzabile interesse del creditore di opporsi».

3. – Tra le sentenze accennate all'inizio dell'altro paragrafo, in cui la disciplina della comunione interseca cioè quella di altri istituti, si può leggere di una coppia in crisi, via via separanda e separata, divorzianda e divorziata; e del loro figlio che convive con la madre nell'appartamento inizialmente adibito a casa coniugale. In sede di separazione, l'alloggio è dal giudice assegnato alla moglie perché lo occupi col figlio minore di età; nel corso del successivo giudizio di divorzio, durante il quale il figlio diventa maggiorenne, l'assegnazione è revocata. Da quell'unità immobiliare acquistata dagli sposi in comunione ordinaria ed in quote disuguali, ora e da tempo il marito vuole espropriare i due familiari, per rientrare in possesso ed andarvi ad abitare<sup>39</sup>.

Fin qui non c'è motivo di stupirsi più di tanto. E forse nemmeno del fatto che nonostante spesso delle intenzioni e della volontà del comproprietario di maggioranza (*id est* il marito, padre del figlio), la quotista di minoranza (la moglie, nonché madre del medesimo figlio) l'abbia concessa per intero in locazione<sup>40</sup> al comune discendente, fresco maggiorenne alla data di conclusione del contratto.

Segarbi, dispetti e ripicche nel disfarsi di una relazione coniugale?

<sup>39</sup> Cfr. Trib. Busto Arsizio, 3 aprile 2006, in *Contratti*, 2007, p. 433 ss., con nota di M. ERMINI, *La locazione stipulata dal singolo comunista* (su cui v. successivamente App. Milano, 8 maggio 2008, *in id.*); quest'ultimo è pure autore dei §§ 4 e 6 di questo saggio, condiviso con G. GALLI, estensore dei numeri residui.

<sup>40</sup> Stante la situazione, pressoché scontata la reazione del maggior comunista che infatti contesta giuridicamente la costituzione di quel rapporto, contraria alla propria dichiarata volontà ed al suo persistente interesse: «la volontà dell'altro comproprietario di ottenere il godimento dell'immobile [era] stata chiaramente espressa in più riprese nel giudizio di divorzio anche sotto forma di richiesta di revoca dell'assegnazione della casa coniugale (...), oltre che con il ricorso ex art. 1105, comma 4, c.c. presentato avanti il tribunale», si legge nel precitato Trib. Busto Arsizio, 3 aprile 2006, cit.

Anche. Ma per chi sia attento ad alcuni particolari della fattispecie, non solo.

Può intanto accadere che, riguardandolo sulla comunione, quel conflitto rammenti tesi contrapposte tra dottrina e giurisprudenza su validità ed efficacia degli atti di gestione compiuti dal comunista *ut singulo*<sup>41</sup>.

E se la trama dei propri pensieri richiedesse di consultare il co-, dice, si avrà modo e nuova occasione per accettare: dall'art. 1571, che l'obbligazione del locatore «a far godere» il conduttore consiste – principalmente e tra l'altro – nel conservargli il bene locato in «stato di servire all'uso convenuto»<sup>42</sup>, dall'art. 1104, comma 1, che ogni partecipante alla comunione è obbligato a «contribuire alle spese necessarie per la conservazione e il godimento della cosa comune»<sup>43</sup> delibere dalla maggioranza; e dal comma 3 del medesimo articolo, che il «cessionario del partecipante è tenuto in solido con il cedente a pagare i contributi da questo dovuti e non versati» alla comunione.

Quest'ultima previsione probabilmente evocherà l'analogo art. 63, comma 2, disp. att. – chi «subentra nei diritti di un condominio è ob-

<sup>41</sup> Per D. RUBINO, *La valutazione degli interessi*, cit., c. 7, «capitano a ogni pie sospinto contrasti di opinioni». A proposito di quelli che intercorrono in giurisprudenza, osservava che se «a lungo andare [questa] supera sempre i contrasti interni e si consolida, ciò è dovuto ad esigenze pratiche più sentite nei confronti di essa e al suo ordinamento, in un certo senso, direi quasi, gerarchico, per cui è l'opinione (...) della Cassazione, che finisce col'imporre ai giudici inferiori, esatta (per lo più) o sbagliata che sia», e in tono discorsivo e con arguto realismo concludeva che «però questa unificazione, siamo franchi, non discende affatto dalla forza intrinseca di una verità obiettiva (in caso contrario, come si spiegherebbero certi contrasti, anch'essi per così dire consolidati ed insuperabili, fra dottrina da una parte e giurisprudenza dall'altra?)».

In tema di amministrazione della comunione si avrà modo di rilevare – *infra*, § 4 – proprio un tal genere di contrasti, «consolidati ed insuperabili, fra dottrina da una parte e giurisprudenza dall'altra».

<sup>42</sup> Cass., 9 settembre 1982, n. 4775, in *Rep. Foro it.*, 1982, voce *Locazione*, c. 1872, nn. 193-194, la intendeva limitata ai «servizi funzionanti all'inizio della locazione», non essendo il locatore tenuto a «predisporre di nuovi, ancorché se ne ravvisi l'opportunità, ostandovi l'esigenza di non imporre eccessivi oneri ai locatori che per effetto del vincolo legale percepiscono canoni di importo determinato da criteri restrittivi».

<sup>43</sup> Che la differente formulazione dell'art. 676 del codice del 1865 – «Ciascun partecipante ha il diritto di obbligare gli altri a contribuire» – lasciasse «il dubbio se si trattasse da un diritto di credito o di un cosiddetto diritto potestativo», riferisce A. FEDERLE, *La comunione*, cit., p. 317.

bligato, solidalmente con questo, al pagamento dei contributi relativi all'anno in corso e a quello precedente»<sup>44</sup>; – perché l'obbligazione attribuisce anche lì a spese, *in primis* per la conservazione di *res* comuni.

Sicché, per meglio confrontarle, si potrà riferire entrambe le situazioni ad un edificio; tanto più che in questo, quelle elencate nell'art. 1117 sono – notoriamente e per l'appunto – parti «di proprietà comune»<sup>45</sup>.

Procedendo nel ragionare, si potrà osservare che debitore in solido della c.d. *obligatio propter rem* in cui consiste il conservare, nel condominio è il successore – *inter vivos* o *mortis causa* che sia – nella proprietà di un precedente condominio<sup>46</sup>. Nella comunione è invece un successore *inter vivos*, infatti coincidendo con l'avente causa da un partecipante che ha disposto «del suo diritto e» ceduto «ad altri il godimento della cosa nei limiti della sua quota» (art. 1103, comma 1).

Congiungendo il disporre al godere, nella frase appena riportata il lessico del codice pare suggerire che la quota ceduta sia senz'altro in proprietà. Ma a sostituire la vocale «e» con una «o» disgiuntiva, si può ammettere che cessionario della quota in comunione possano pure essere tanto un usufruttuario che un locatario<sup>47</sup>.

<sup>44</sup> In argomento, v. anche G. GALLI, *Condominio apparente, normativa di correttezza, diligenza*, in S. PAGLIANTINI, E. QUADRI e D. SINISIO (a cura di), *Scritti in onore di M. Comporti*, Il Mulino 2008, p. 1407 ss.

<sup>45</sup> In tale contesto si noti Cass., 16 aprile 1994, n. 3600, in *Rep. Foro it.*, 1994, voce *Comunione e condominio*, p. 662, n. 250: in «tema di ripartizione delle spese condominiali attinenti al servizio centralizzato di riscaldamento di un edificio adibito ad uso abitativo, che costituito da due appartamenti sia in comunione *pro indiviso* tra due comproprietari, trova applicazione la disciplina dettata per la comunione dall'art. 1104 cod. civ. con la conseguenza che ogni comproprietario è obbligato a sostenere le spese stesse in proporzione al valore della sua quota, indipendentemente dal concreto vantaggio che tragga dal detto servizio e senza possibilità di sottrarsi a quest'obbligo rinunciando al servizio medesimo, ove tale rinuncia possa produrre effetti pregiudizievoli per l'altro comproprietario».

<sup>46</sup> Ita altre, anche per Cass., 25 luglio 1978, n. 3719, in *Rep. Foro it.*, 1978, voce *Comunione e condominio*, p. 423, n. 93, il «trasferimento della proprietà esclusiva di una porzione di piano di un edificio in condominio», di regola «comporta altresì il trasferimento delle parti oggetto di proprietà comune».

<sup>47</sup> Pare non dubitare che «la locazione di quota ideale di bene comune» sia «consentita dalla disposizione di cui all'art. 1103 del cod. civ.», anche la recente Cass., 5 gennaio 2005, n. 165, in *Rep. Foro it.*, 2005, voce *Comunione e condominio*, p. 895, n. 188, nel solco di Cass., 28 ottobre 1982, n. 5647, *ivi*, voce cit., p. 468, n. 37, e delle più antiche Cass., 2 aprile 1965, n. 575, in *Giust. civ.*, 1965, I, p. 2099; Cass., 13 febbraio 1951, in *Giur. it.*, 1951, I, c. 660. Nello stesso senso si esprime da tempo

Con una dose di sorpresa si dovrà allora dedurre e constatare che il conduttore, dall'art. 1571 considerato creditore della prestazione conservativa dovuta dal locatore in relazione alla specifica unità abitativa oggetto del rapporto contrattuale, nel citato ult. comma dell'art. 1104 è assunto a debitore, in solido col locatore cedente, del debito di questi, originato e connesso alla conservazione del bene comune (nell'ipotesi più sopra avanzata: delle parti comuni di quell'edificio che contiene l'appartamento come porzione dell'intero).

In cerca di verifiche e di spiegazioni per l'insolita conclusione di una norma che benché vigente è in larga misura trascurata e forse perfino dimenticata, mi sembra anzitutto che la *voluntas legis* introduca la solidarietà passiva per garantire alla comunione – più esattamente: all'«amministrazione della cosa comune», cui «tutti i partecipanti hanno diritto di concorrere» (art. 1105) – il flusso di risorse economiche necessarie a conservare l'integrità della *res*, a prescindere dalla sua natura.

larga parte della dottrina, tra gli altri, M. GIORGIANNI, *Contributo alla teoria dei diritti di godimento di cosa altrui*, Milano 1940, p. 224; C. LAZZARA, *Il contratto di locazione*, Milano 1961, p. 72; e di recente A. CERULO, *Locazione della quota: vecchi e nuovi problemi*, in *Nuova giur. civ.*, 2006 I, p. 201 ss.

Così A. FEDELE, *La comunione*, cit., p. 305 s., spiega l'ammissibilità della locazione *pro quota*: «l'obbligo della consegna è perfettamente attuabile, concretandosi qui nell'obbligo di immettere il conduttore nello stesso limitato potere di fatto sulla cosa che ha (o, comunque, può ottenere) il condominio; il condominio locatore è in grado di mantenere la cosa in stato da servire all'uso convenuto, potendo provvedere alle riparazioni e far sì che gli altri condomini vi provvedano (art. 1104, 1110 cod. civ.); il condominio poi, come può entro certi limiti godere della cosa in modo diretto, può garantire negli stessi limiti il pacifico godimento della cosa durante la locazione».

Non può peraltro escludersi che concettualmente e in astratto riconosciuta, la «locazione di quota ideale di bene comune» non sia giuridicamente praticabile. Perché ad esempio vietata da una convenzione tra comproprietari – ritenuta valida da Cass., 5 aprile 1990, n. 2815, in *Rep. Foro it.*, voce *Comunione e condominio*, p. 435, n. 29, e precedentemente, nei limiti di cui all'art. 1379, da G. BRANCA, *o.c.*, *sub* art. 1103, da A. FEDELE, *o.u.c.*, p. 448, e da F. GRECO, *Della proprietà*, cit., p. 52 – «a non disporre delle proprie quote se non congiuntamente ed assieme». Più ancora, potrebbe essere la concreta situazione di fatto o di mercato – si pensi alla quota di un appartamento – a impedire quella locazione, quando l'utilizzazione turnaria del bene comune non sia praticabile (ma nel caso deciso dalla cit. Cass., 5 gennaio 2005, n. 165, il conduttore detiene la quota locatagli *pro quota* e «per altro titolo la restante parte del bene comune»).

L'art. 1104, comma 3, dichiara infatti e presuppone che il cedente ha «non versati» i contributi da lui «dovuti».

Il «profilo della valutazione degli interessi in conflitto»<sup>48</sup>, e co-

<sup>48</sup> Nella cit. *La valutazione degli interessi*, l'articolato argomentare D. RUBINO lo propone quale «criterio per la interpretazione di norme già esistenti», qualora esistano «dubbi sul contenuto di una singola norma espressa o sull'esistenza o sul contenuto di un dato principio generale» (c. 7).

Per esplicita dichiarazione dell'autore, quello «degli interessi è (...) un semplice criterio di interpretazione, da porsi accanto agli altri ben noti, grammaticale, logico, ecc.» (c. 8), il cui «ordine gerarchico posto dal 1° e dal 2° comma dell'art. 12 delle preleggi» (c. 10) è comunque reso flessibile dall'interprete che «ha sempre dato maggior peso, di volta in volta, all'uno o all'altro criterio, a seconda della peculiarità del singolo problema di interpretazione» (c. 8). Quale «criterio integrativo per l'interpretazione della legge», il criterio degli interessi opera nei «modesti limiti» di «due sole ipotesi»: quando «pur esistendo la singola norma espressa, sorgano dubbi sul suo contenuto, sorga un problema di interpretazione di essa; e quando non solo manchi una norma specifica espressa, ma si ignori anche un principio generale che faccia alla bisogna, o ne sia controversa l'esistenza o la portata, oppure esso, per la sua genericità, arrivi a risolvere solo qualche aspetto della questione» (c. 6).

Il che, se esclude che l'interprete, «segnatamente il giudice», sia «chiamato a creare norme giuridiche, sia pure solo per il singolo caso concreto che a lui si presenti, dall'altro gli riconosce «quel tanto di creativo che vi è sempre nell'opera di questo ostetrico del diritto, e che può andare da un minimo a un massimo, quanto minori sono i dati attraverso i quali enucleare dal sistema la regola in esso latente» (c. 6).

D. RUBINO, *o.n.c.*, c. 7, è infatti convinto «che ogni norma abbia bisogno di interpretazione», comprese le apparentemente chiare. Ne saranno in seguito altrettanto persuasi, in particolare T. ASCARELLI, *L'idea di codice nel diritto privato e la funzione dell'interpretazione*, in ID., *Studi di diritto comparato e in tema di interpretazione*, Milano 1952, p. 196, nota 118; L. BIGNAZZI GERI, *L'interpretazione del contratto*, in *Cod. civ. Commentario* Schlesinger, Milano 1991, p. 94 ss.; nonché N. IRTI, *Testo e contesto. Una lettura dell'art. 1363 codice civile*, Padova 1996, p. 63 ss., dove il rilievo che in materia contrattuale «la chiarezza non è presupposto, ma risultato dell'interpretazione», non differisce dalla tesi di P. PERLUNGHERI, *L'interpretazione della legge come sistematica ed assiologia. Il broccardo in clavis non fit interpretatio, il ruolo dell'art. 12 disp. prel. c.c. e La nuova scuola dell'esegesi* (1985), in ID., *Scuole, tendenze e metodi*, cit., pp. 283, 286 e 288, riferita all'interpretazione della legge. In argomento, da ultimo anche G. ZACCARIA, in F. VIOLA e G. ZACCARIA, *Diritto e interpretazione. Lineamenti di teoria ermeneutica del diritto*, 3° ed., Roma-Bari 2001, p. 116 ss.

Per D. RUBINO, *o.c.*, c. 7 s., sono disposizioni «di contenuto certo» quelle il cui significato risulta «pacifico» dalla concordanza di «tutti i criteri interpretativi meno il criterio degli interessi». E poiché «quando un criterio viene a trovarsi solo contro tutti gli altri, per solito è quell'unico che soccombe, e, per solito, giustamente», il criterio degli interessi che configga con «quello grammaticale e quello logico messi insieme (...) non può avere presa quando tutti gli altri criteri interpretativi concor-

munque il tenore letterale della norma, potrebbero addirittura far supporre che, sebbene introdotto quale debitore solidale della prestazione, il «cessionario del partecipante» sia di fatto destinato a «pagare» lui quanto fino ad allora non corrisposto dal cedente. Più direttamente che non in solido cioè, quasi si trattasse di un'obbligazione parziaria, personalmente contratta. Anche perché, pur di solito e per lo più considerato mediato dall'obbligo di fare dell'altro, è proprio lui a godere direttamente delle utilità fornite dalla *res communis*<sup>49</sup>.

Sottostante il rilevato interesse conservativo di natura privata<sup>50</sup>, emerge per trasparenza – anche qui, e con maggior nitore nell'art. 63, comma 2, disp. att., in tema di condominio – l'interesse dell'ordinamento alla conservazione<sup>51</sup> dei beni durevoli in generale, e sicuramente in altro senso, ovvero, con formula probabilmente meno corretta, quando la norma non dà adito a dubbi di interpretazione».

<sup>49</sup> La tesi di Cass., 7 maggio 1991, n. 5031, in *Foro it.*, 1992, I, c. 1500, – il «credito del locatore nei confronti del conduttore per il rimborso degli oneri accessori non presuppone la avvenuta prestazione dei relativi servizi, essendone normalmente richiesto il pagamento anticipato» – mi pare discutibile.

In senso opposto sembrano infatti deporre episodi normativi in lunga sequenza: l'art. 19, comma 3, della l. 23 maggio 1950, n. 253, col locatore obbligato a comunicare al conduttore «le distinte delle spese» delle quali «chiede la rivalsa» (tra cui, non più sole, quelle per «lo spurgo dei pozzi e delle fognature» che il codice aveva previste all'art. 1610; ma pure, da allora aggiunte, quelle «per il servizio di pulizia e di portierato, per il funzionamento e ordinaria manutenzione dell'ascensore, per la fornitura dell'acqua e della luce»); l'art. 9 ter della l. 28 luglio 1967, n. 628, col «diritto» riconosciuto al conduttore, prima di procedere al pagamento, «di ottenere la distinta degli oneri (...) con l'indicazione dei criteri di ripartizione nonché di prendere visione dei relativi documenti giustificativi»; gli artt. 2, comma 3, della l. 26 novembre 1969, n. 833, e 6, comma 1, della l. 22 dicembre 1973, n. 841. Proprie del trascorso regime vincolistico, quelle esperienze si sedimentano nell'art. 9, comma 3, della l. 27 luglio 1978, n. 392, che attingendo dall'art. 6 della l. n. 841 del 1973, fissa in «due mesi dalla richiesta» il tempo entro cui effettuare il medesimo pagamento, confermando che «il conduttore ha diritto di ottenere l'indicazione specifica delle spese (...) con la menzione dei criteri di ripartizione», nonché «di prendere visione dei documenti giustificativi delle spese effettuate».

<sup>50</sup> L'art. 1105, comma 1, – «Ciascun partecipante deve contribuire nelle spese necessarie per la conservazione (...) della cosa comune (...), salva la facoltà di liberarsene con la rinunzia al suo diritto» – lo identifica, infatti, come proprio dei singoli comunisti.

<sup>51</sup> Con interessanti considerazioni, M. PENNASILICO, *L'operatività del principio di conservazione in materia negoziale*, in *Rass. dir. civ.*, 2003, p. 702 ss., individua nell'ordinamento un principio generale di conservazione.



del patrimonio edilizio complessivamente considerato in particolare<sup>52</sup>.

Pur astrattamente utile a conseguire con efficacia il fine perseguito dalla norma, l'ipotezzata interpretazione letterale è peraltro improponibile: in un sol colpo, abroga illegittimamente la solidarietà passiva presente nella dizione dell'art. 1104, comma 3, e per ciò stesso evidentemente voluta tale dal legislatore; vanifica il diritto potestativo del creditore di scegliere il condebitore da cui pretendere l'adempimento (art. 1292); sacrifica il diritto del «condebitore in solido che ha pagato l'intero debito» di ripeterne il *tantumdem* (art. 1299). Conseguentemente, stanti i limiti di quel criterio interpretativo ripetutamente sottolineati dal loro autore<sup>53</sup>, è da escludere che in argomento abbia presa il «profilo della valutazione degli interessi in conflitto».

Se si potesse prescindere dall'art. 1104 e dal suo comma 3, in alternativa si potrebbe forse preferire una soluzione per così dire in tema, anziché (e prima di) proporre il locatario-cessionario nella veste di debitore solidale. E non tanto per rintracciare nell'*eadem causa obligationis* comune ai singoli comunisti i tratti di un'obbligazione soggettivamente complessa, quanto per considerarla sufficiente – scelgo quindi uno dei due versanti in cui si articola un'annosa *questio* tuttora attuale, le cui origini risalgono alla data di nascita del codice civile del 1942 – a configurare i comunisti, i «tutti» dell'art. 1105 e gli altrettanti «tutti» dell'art. 1292, condebitori in solido delle spese necessarie a conservazione e manutenzione del bene.

Il cessionario infatti, non appartenendo al novero dei quotisti parrebbe concettualmente terzo nei loro confronti; né il fatto di essere

<sup>52</sup> In tal senso, G. GALLI, *Condominio apparente*, cit., p. 1450, la cui tesi è confortata dai contenuti di numerosi regolamenti edilizi comunali. Del resto, la stessa Cass., 30 luglio 2007, n. 16794, in *Arch. loc.*, 2007, p. 593, quando a Sezioni unite risolve la *vetusta questio* sul significato di quelle «nuove fabbriche» di cui è parola nell'art. 1127, comma 1, in tema di costruzione sopra l'ultimo piano dell'edificio condominiale, non ragiona in termini tutti privatistici e con sotto gli occhi il solo codice civile; ma, correttamente risolve il contrasto interpretativo in base al «criterio distintivo (...) cui vien fatto ricorso, in tema di edilizia, per distinguere le ipotesi della ristrutturazione e della ricostruzione da quella della nuova costruzione».

<sup>53</sup> L'insegnamento di D. RUBINO, *La valutazione degli interessi*, cit., c. 6, è che, comunque, «quando risulti incontestabilmente un dato contenuto di una singola norma espressa (...) non sembra lecito per l'interprete modificare tale contenuto solo perché a ciò condurrebbe la valutazione degli interessi in conflitto, la quale faccia apparire preferibile una loro composizione, diversa da quella adottata da quella singola norma». V. comunque *retro*, nota 48.

parte di un rapporto locaivo perfezionato con uno dei «tutti» varrebbe a renderlo uno di loro. Escluso dalla gestione della comunione e dalle sue vicende, lo si dovrebbe pertanto ritenere nelle stesse non implicato.

Si è però poc'anzi constatata l'opzione dell'art. 1104, comma 3; certamente diversa ed in ogni caso vincolante, poco preoccupata dei concetti e molto del risultato, potenzia il credito contributivo condominiale proprio gravando di solidarietà passiva la posizione del locatario-cessionario di quota.

La soluzione è tanto più dissonante, quanto più una diffusa abitudine a sceverare particolari questioni condominiali tende a considerare gli artt. 1117 ss. un corpo sostanzialmente separato ed autonomo rispetto alla comunione. Con la duplice conseguenza di invertire la polarità tra i due istituti come stabilita nell'art. 1139, e di emarginare la norma *de qua* dalla locazione nel condominio.

Tra i cultori di condominio – e non meno tra quelli di locazioni abitative – i «pesi» che pressoché ricalcando l'antico adagio del *cuius commoda eius atque incommoda*, l'art. 1101, comma 2, correla ai «vantaggi» della comunione, diventano «oneri». E tradizionalmente, quelli «condominiali» si differenziano dalle situazioni soggettive passive direttamente connesse alla proprietà esclusiva, mentre nella locazione la qualificazione «accessori» evidenzia il loro ruolo subordinato rispetto al canone<sup>54</sup>.

I variabili aggettivi che accompagnano il costante sostantivo hanno riferimenti e contenuti non omogenei: gli oneri accessori corrispondono e sono proporzionati al (solo) godimento di parti impianti e servizi comuni; i condominiali comprendono, in aggiunta, la conservazione delle parti comuni<sup>55</sup>.

Quanto alla locazione, su quella abitativa in particolare, nel tempo

<sup>54</sup> Peraltro, nel vigore della c.d. legge sull'equo canone, per Cass., 10 agosto 1982, n. 4490, in *Rep. Foro it.*, 1982, voce *Locazione*, c. 1909, n. 474, «l'obbligazione del conduttore, concernente il pagamento degli oneri accessori – [precedentemente] considerata autonoma rispetto all'altra attinente al pagamento del canone – è divenuta parte integrante della struttura sinallagmatica del contratto».

<sup>55</sup> Nella comunione, di regola corrispondono alle «spese necessarie per la conservazione e per il godimento della cosa comune», oltre che alle altre «deliberate dalla maggioranza» (art. 1104, comma 1). L'attenzione della norma per la prima tipologia di spese è talmente accentuata, che esse sembrano germinare spontaneamente, prescindere e non derivare da una decisione a maggioranza; della quale è infatti scritto con esclusivo riferimento alle seconde, per giunta considerate eventuali.

e nel variare delle fonti, sono state scritte molte pagine<sup>56</sup>; in stili e modi diversi, con sensibilità cultura e metodi differenti. Ciò non toglie che d'abitudine sottaciuto, il luogo in cui collocare il rapporto negoziale resti per lo più nella penna dello scrittore di turno. Sicché, quanto non definito dall'autore, è necessariamente rimesso alle deduzioni del lettore, che di frequente e solitamente la penserà ubicata

Fatti coincidere con le «spese necessarie per la conservazione e per il godimento delle parti comuni dell'edificio, per la prestazione dei servizi nell'interesse comune e per le innovazioni deliberate dalla maggioranza», l'art. 1123, comma 1, imputa gli oneri «condominiali» – sui quali cfr. G. BENEDETTI, M.T. BOCCHETTI, F. CANEVACCA, F. LAZZARO, C. MONACO SORGE, R. PREDEN, W. STINGARDINI e G. VETTORI (a cura di), *Gli oneri condominiali e le spese accessorie nel contratto di locazione*, Milano 1979 – ai singoli «condomini in misura proporzionale al valore della proprietà di ciascuno».

Agli «oneri accessori» è intitolata la rubrica dell'art. 9 della l. n. 392 del 1978, dove, con metodo simile a quello dell'art. 1173 (e non solo), sono inizialmente specificati e commisurati alle «spese relative al servizio di pulizia, al funzionamento e all'ordinaria manutenzione dell'ascensore, alla fornitura dell'acqua, dell'energia elettrica, del riscaldamento e del condizionamento dell'aria, allo spurgo dei pozzi neri e delle latrine», eppoi genericamente individuati «nella fornitura di altri servizi». Tra questi ultimi, eventuale il portierato, espressamente indicato dalla stessa norma; certo il «compenso dell'amministratore», ad avviso di Cass., 11 novembre 1988, n. 6088, in *Rep. Foro it.*, 1988, voce *Locazione*, c. 1881, n. 496, imputabile al conduttore non «interamente».

Con riferimento all'art. 19 della l. n. 253 del 1950 (il cui testo ho riportato *re- tro*, nota 49), mentre Trib. Napoli, 13 gennaio 1984, in *Arch. locaz.*, 1984, p. 474, aveva accolto al conduttore le spese di amministrazione per intero, e per la metà quelle postali e di cancelleria, Cass., 21 aprile 1984, n. 2597, in *Rep. Foro it.*, 1984, voce *Locazione*, c. 1939, n. 787, escludeva che il conduttore – per «il quale tale attività non si pone su un piano di diretta utilità e fruizione» – dovesse rimborsare le «spese inerenti all'amministrazione condominiale (compenso per l'amministratore, spese per cartoleria e contabilità ecc.)», stante la «letterale enunciazione delle spese rimborsabili effettuata dal legislatore nell'indicata norma vincolistica, senza che diversa conclusione possa dedursi da una sua interpretazione estensiva od analogica che trova ostacolo nella considerazione della stessa natura specificatrice di quell'articolazione e nella debita rilevanza della non omogeneità della natura e funzione della spesa pretesa con quelle per cui è attribuito il rimborso».

<sup>56</sup> V. *retro*, nota 7.

Si interrogava su «analogia e criterio della valutazione degli interessi in conflitto», D. RUBINO, *o.c.*, c. 9 s., sostenendo che nel conflitto tra una norma «veramente analoga» ed «estensibile analogicamente», e «la valutazione degli interessi in conflitto» che «condurrebbe ad una loro composizione diversa da quella sancita dalla norma analoga», «il criterio degli interessi debba cedere», in tal modo confermando – *retro*, nota 48 – che anche in tal caso esso «rimane sul terreno della mera interpretazione della legge e non scivola nella creazione di norme».

in un immobile pluripiano e pluriproprietario. Ma che se conquistato dalla rarefatta astrattezza di alcune costruzioni concettuali, potrebbe immaginare che l'abitare del conduttore possa svolgersi dovunque: con una dose di fantasia pure in cielo, su qualche nuvola.

Anche su indicazione del dato legislativo comunque realisticamente ubicato l'inquilino coi piedi per terra e in un qualche edificio, si dovrà constatare che questi, ai sensi e pur nei limiti di cui all'art. 10, commi 1 e 2, della l. 27 luglio 1978, n. 392, partecipa all'assemblea dei condomini, e vi discute, e vi vota pure; che con loro condivide l'abitare sotto lo stesso tetto, con quel ne consegue in termini di relazioni umane; che come loro utilizza beni impianti e servizi.

Di conseguenza, mentre gli potrà risultare indifferente partecipare alle ricorrenti discettazioni – pressoché esclusivamente concettuali – sulla natura giuridica del condominio, poco o nulla importandogli se abbia o no personalità giuridica, se sia un ente di gestione, un'organizzazione pluralistica o che altro, gli sembrerà pressoché naturale che ai «vantaggi» che anche lui ritrae dalle parti comuni in termini di godimento<sup>57</sup> abbiano a corrispondere «pesi» od «oneri» da pagare alla compagine condominiale e ai suoi partecipanti.

Per cultori di condominio e di locazioni abitative, per diffusa convinzione di dottrina e giurisprudenza, il conduttore è invece considerato terzo nei confronti del condominio: *tamquam non esset* tra quelle mura che si è soliti e si vuole pensare in termini tutti proprietari, e altrettanto inesistente per i condomini con cui convive, con i quali condivide utilizzazione e consumo delle parti comuni.

Di conseguenza si esclude che il conduttore possa versare gli «oneri accessori»<sup>58</sup> direttamente all'amministratore del condominio<sup>59</sup>, ad esem-

<sup>57</sup> Le cui spese, la norma dispositiva dell'art. 9, comma 1, della l. n. 392 del 1978 pone pressoché «interamente» a suo «carico», ulteriormente accentuando la traslazione del debito dal locatore al conduttore operata dalla legislazione vincolistica.

<sup>58</sup> Quanto al canone, il diritto di credito del locatore si prescrive in cinque anni (art. 2948, n. 3); si ritiene – in tal senso, tra altri, P. COSENTINO e P. VITTOCI, *Le locazioni dopo le riforme del 1978-1985*, cit., p. 245; F. LAZZARO, *Gli oneri condominiali*, Torino 1986, p. 31; contra, F. TRIRONI, *La locazione: disposizioni generali e locazioni di fondi urbani*, in *Tratt. dir. priv.*, Rescigno, XI, 3, Torino 1984, p. 553 ss. – in due anni quello riferito agli oneri accessori. Cass., 29 gennaio 2003, n. 1292, in *Rep. Foro it.*, 2003, voce *Locazione*, p. 1515, n. 236, considera le due «situationi non omologhe»: «la fissazione di un più breve termine di prescrizione è giustificata dall'esigenza di contenere le relative contestazioni in un lasso temporale ragionevolmente breve».

<sup>59</sup> Nel solco di diffuse convinzioni dottrinali – tra cui, da ultimo M. e S. REZ-



pio. E si è pure dell'avviso che, quando legittimato a partecipare all'assemblea dei condomini, debba provvedere a convocarlo il locatore, nonostante che il potere di convocazione sia di regola competenza dell'amministratore (art. 66, comma 1, disp. att.).

Per chi ragiona in tal modo, condominio negli edifici e locazione abitativa diventano o sono autonome realtà giuridiche. E quasi che l'essere collocati nel Libro della proprietà l'uno e l'altra in un diverso Libro stesse a segnare una demarcazione e una reciproca separatezza<sup>60</sup>, ciascuno dei due istituti è considerato a sé e di per sé, per gli articoli che lo governano e nel cui ambito è confinato. Ognuno dei due pare quindi avere la sua strada tracciata, procedere e svolgersi con un suo particolare percorso, come lungo un binario.

Su uno insiste l'edificio, con i piani (o porzioni di piano) solitamente in proprietà esclusiva e con i beni di cui all'art. 1117 a comune tra i medesimi proprietari. Delle «spese necessarie per la conservazione e per il godimento delle parti comuni dell'edificio, per la prestazione dei servizi nell'interesse comune e per le innovazioni deliberate dalla maggioranza», rispondono esclusivamente i contitolari negli importi *pro quota* loro imputati dalla ripartizione approvata dalla (loro) assemblea (art. 1123, comma 1). Sull'altro sta il rapporto contrattuale tra locatore e conduttore, concepito a prescindere dall'edificio nel quale il godimento diretto del secondo comunque si svolge, e nel quale è pur sempre compenetrato.

Come attesta con chiarezza la filiera proposta dall'affermazione che «nel caso di edificio in condominio», a seguito dell'approvazione del consuntivo annuale da parte dell'assemblea «sorge il relativo di-

ZONICO, *Manuale del condominio*, cit., p. 584, ed *infra* nel testo, la sentenza del giudice di legittimità cui si riferisce la nota 61 – sull'estraneità del condominio in generale e dell'amministratore in particolare, rispetto agli eventuali rapporti locativi attinenti a porzioni dell'edificio, cfr. anche Cass., 13 gennaio 1995, n. 384, in *Foro it.*, 1995, I, c. 2864; il condominio è «privato di un'azione diretta nei confronti del conduttore e può rivolgersi solo ai condomini per il rimborso delle spese condominiali», stante che l'art. 5 della cit. legge n. 382 del 1978 «prevede la risoluzione del contratto di locazione, a favore del solo locatore, se il conduttore non gli rifonde gli oneri accessori a suo carico».

<sup>60</sup> Tanto più che la disciplina della locazione abitativa è soprattutto dettata dalla legislazione speciale antecedente e successiva al codice. Per riferimenti, cfr. M. TRAMARCHI, *La locazione abitativa*, cit. p. 27 ss.; G. GALLI, *La locazione ad uso abitativo*, Padova 1984, p. 73 ss.; B. IZZITARI, *Autonomia privata e controllo pubblico nel rapporto di locazione*, Napoli 1979, *passim*; C. TURCO, *La necessità di abitazione del locatore nelle locazioni urbane ad uso abitativo*, in *Riv. trim. dir. e proc. cit.*, 1979, p. 1326 ss.

rito del condominio nei confronti del condominio e, correlativamente, del credito di quest'ultimo verso il conduttore»<sup>61</sup>, l'unico a poter percorrere entrambi i binari è chi ha la doppia veste di debitore di «oneri condominiali» e di creditore di «oneri accessori», è condominio e contemporaneamente locatore.

Detarto nell'ambito della comunione – le cui norme si osservano «in generale», per «quanto non è espressamente previsto» dall'apposito capo sul condominio negli edifici (art. 1139) – l'anomalo ultimo comma dell'art. 1104 sembra tuttavia non condividere la rilevata incommunicabilità. Anzi: reintroduce il conduttore nel contesto condominiale da cui i concetti l'avevano estraniato.

L'art. 1101, comma 1, in applicazione della regola per cui il «corso dei partecipanti tanto nei vantaggi quanto nei pesi della comunione è in proporzione delle rispettive quote» (art. 1101, comma 2), imputa le spese necessarie «per la conservazione e per il godimento della cosa comune», mobile od immobile che sia, alle «più persone» cui «spetta in comune» la «proprietà od altro diritto reale» (art. 1100). E a proposito delle parti che negli edifici sono «oggetto di proprietà comune», l'art. 1123 ripete e conferma che le «spese necessarie per la [loro] conservazione e per il godimento (...)» sono sostenute dai condomini»<sup>62</sup>.

<sup>61</sup> Così, Cass., 29 gennaio 2003, n. 1291, in *Foro it.*, 2003, I, c. 1469.

<sup>62</sup> Le quote dei comunisti sono notoriamente presunte uguali (art. 1101, comma 1), diversamente da quelle dei condomini, i quali partecipano alle spese «in misura proporzionale al valore della proprietà di ciascuno, salvo diversa convenzione» (art. 1123, comma 1) e sempre che non si tratti di «cose destinate a servire i condomini in misura diversa» (allora «ripartite in proporzione dell'uso che ciascuno può farne»: art. 1123, comma 2).

Mezzo secolo fa, nella nota a Pret. Napoli, 31 ottobre 1968, M. ZACCAGNINI, *Solidarietà passiva nel pagamento delle spese condominiali*, in *Nuovo dir.*, 1968, p. 437, aveva indicato come «*excatissima quaestio*» quella che di recente, segnalando «un contrasto interno alla stessa sezione, posto che per un primo indirizzo (maggioritario) la responsabilità dei singoli condomini per le obbligazioni assunte dal condominio verso terzi avrebbe natura solidale, mentre per un secondo orientamento, decisamente minoritario, avrebbe vigore il principio della parzialità, ovvero della ripartizione tra i condomini delle obbligazioni assunte nell'interesse del condominio in proporzione delle rispettive quote». l'ord. di remissione 7 dicembre 2006 della II sezione civ. della Cass. (ined.), definisce la «questione relativa alla natura della responsabilità dei singoli condomini in ordine alle obbligazioni contratte dal rappresentante del condominio verso i terzi».

Con ricchezza di argomentazioni in cui sono tra l'altro rintracciabili in controtelaesi tesi della dottrina e precedenti del contrasto giurisprudenziale – per entrambi

I controllari del medesimo diritto reale sono dunque i debitori di quelle spese, ad ognuno imputate *pro quota*. Di esse, sempre che non ne sia esonerato dall'accordo tra comunisti, ciascuno rimane responsabile finché non «rinuncia al suo diritto» (art. 1104, comma 1).

Allo stesso modo deve «pagare i contributi» (art. 1104, comma 3) anche chi ha ceduto esclusivamente il godimento della propria quota.

Si è più volte considerato che per rafforzare il credito dei partecipanti la comunione, in tal caso lo stesso comma del medesimo articolo abbina al cedente il cessionario; e che quest'ultimo può essere assimilato ad un conduttore utente di beni e servizi condominiali. Sicché, «in solido con il cedente», è anch'egli tenuto «a pagare i contributi da questo dovuti e non versati». A pagarli agli altri, ai partecipanti la comunione cioè, non alla propria controparte, al proprio dante causa, in ipotesi locatore.

A chi considera il conduttore debitore di «oneri» al locatore, e questi a sua volta debitore di «oneri» ai comunisti, parrà di leggere una semplificazione sul versante passivo dei rapporti obbligatori.

Lo esclude però l'indicazione codicistica sulla solidarietà passiva.

cf. A. DI MAJO, *Obbligazioni solidali (e indivisibili)*, in *Enc. dir.*, XXIX, Milano 1979, p. 298 ss.; R. COLOMNA, *Sulla natura delle obbligazioni del condominio*, in *Foro it.*, 1997, I, c. 872 (nota a Cass., 27 settembre 1996, n. 8530); N. IZZO, *L'attuazione parziaria delle obbligazioni condominiali: una restituzione ottocentesca del «favor debitoris»?*, in *Corr. giur.*, 2008, p. 785, nota 23 (nota a Cass., sez. un., 8 aprile 2008, n. 9148) – le Sez. un. da ultimo cit., 8 aprile 2008, n. 9148, disattendono l'orientamento, risalente a G. BRANCA (*Obbligazioni solidali dei condomini*, in *Foro it.*, 1951, I, c. 1029; Id., *Obbligazioni solidali, correali, collettive*, in *Riv. dir. civ.*, 1957, I, p. 157) e a D. RUBINO (*Art. 1285-1380*, in *Comm. cod. civ.*, Scialoja e Branca, Bologna-Roma 1963, p. 335) e a quello dato largamente maggioritario, invece sostenendo che «le obbligazioni assunte dall'amministratore in rappresentanza e nell'interesse dei condomini, per la conservazione ed il godimento delle parti e degli impianti comuni dell'edificio, per la prestazione dei servizi nell'interesse comune e per le innovazioni deliberate dalla maggioranza, consistendo in prestazioni di somme di denaro, come tali naturalmente divisibili, non vincolano in solido i condomini, i quali rispondono unicamente nei limiti della rispettiva quota».

Il relatore di quest'ultima sentenza – ampiamente annotata, da ultimo, da B. TASSONE, oltre che da A. SCARPA, *Titolarietà ed attuazione delle obbligazioni di gestione del condominio*, e dalla V. TIRALDI, *Brevi note sui profili processuali della divisibilità degli obblighi del condominio nei confronti dei terzi*, in *Foro it.*, 2008, I, c. 3255 ss. – e della precedente Cass., 27 settembre 1996, n. 8530, cit., di analogo indirizzo, aveva allora commentato che «la Cassazione [n. 8530 del 1996] ha riesaminato il problema *ab initio* e, mutando opinione, si è pronunciata decisamente contro la solidarietà»: R. CORONA, *Proprietà e maggioranza*, cit., p. 229, nota 33.

Se è infatti vero che debitore di questi ultimi è il cedente la propria quota, e con lui in solido il cessionario, se è altresì vero che i contributi che a tal titolo devono essere pagati dal locatore piuttosto che dal conduttore comprendono – anche ed anzitutto – le spese per la conservazione del bene, allora, se il creditore pretende l'adempimento dal conduttore, la prestazione di dare di questi coincide con gli oneri condominiali di competenza del locatore anziché con quelli accessori da conduttore. Dal che consegue che, fermo restando il diritto di ripetere quanto pagato, eventualmente in compensazione col canone, il valore economico dell'obbligazione pecuniaria del locatario è superiore a quanto questi sarebbe obbligato a corrispondere per aver usufruito dei servizi e dei beni di cui all'art. 9 della l. n. 392 del 1978. Innegabilmente «vuolsi così colà dove si puote».

E poiché si insegnava che quando risulta «incontestabilmente un dato contenuto di una singola norma espressa (...) non sembra lecito per l'interprete modificare la valutazione degli interessi in conflitto, la quale faccia apparire preferibile una loro composizione, diversa da quella adottata da quella singola norma»<sup>63</sup>, non resta che prendere atto che quell'obbligazione solidale smentisce quanti hanno in mente una sorta di equazione giuridica, che gli «oneri accessori» stiano cioè al locatore come gli «oneri condominiali» stiano ai condomini, e annoverarla all'area di «ogni altro atto o fatto idoneo» di cui è scritto nell'art. 1173.

4. – Comunque, e così tornando al cuore del caso di specie introdotto nel paragrafo che precede, la prevalente dottrina interpreta l'art. 1105, comma 1 – «tutti i partecipanti hanno diritto di concorrere all'amministrazione della cosa comune» – nel senso che nella gestione del bene in comune l'interesse del «gruppo», riflesso della titolarità collettiva, prevalga su quello del singolo partecipante.

Il che si traduce nel supportare decisioni tra i comunisti, governate dal principio maggioritario<sup>64</sup> – che notoriamente impone alla *minor pars* di seguire la *voluntas* della *pars maior* – computato «secondo il valore delle (...) quote» (art. 1105, comma 2), presunte uguali dal-

<sup>63</sup> La frase in D. RUBINO, *La valutazione degli interessi*, cit., c. 6.

<sup>64</sup> Anche citando I. BARASSI, *Il principio maggioritario nel diritto privato*, in *Studi per A. Ascoli*, Messina 1931, p. 94; F. GALGANO, *La forza del numero*, cit., p. 203, rileva che nel diritto privato «fondato sull'autonomia dei singoli», il principio maggioritario si propone nei termini di «intima contraddizione».

l'art. 1101, comma 1<sup>65</sup>. La maggioranza è semplice, per la decisione su atti di amministrazione ordinaria; è qualificata («almeno due terzi del valore complessivo della cosa comune»: art. 1108, comma 1), se concerne atti di amministrazione straordinaria<sup>66</sup>.

I dati normativi starebbero quindi ad indicare una comunione oposta a quella di impronta romanistica ed invece assimilabile a quella di tipo germanico, c.d. «a mani riunite»<sup>67</sup>. Diversa, anche, da quella della società semplice (art. 2257)<sup>68</sup>, e parzialmente dalla comunione

<sup>65</sup> Avvertendo che «l'ordinamento civilistico del 1942» prevede il principio della parità di trattamento e non quello di uguaglianza, P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, cit., p. 454, interpreta la presunzione uguaglianza delle quote dei comunisti come «parità di trattamento relativa alle situazioni patrimoniali».

<sup>66</sup> Peraltro, l'art. 1108, comma 3, richiede il «consenso di tutti i partecipanti» nel caso di «atti di alienazione o di costituzione di diritti reali sul fondo comune e per le locazioni di durata superiore a nove anni». Ad avviso di F. GALGANO, *o.m.c.*, p. 294 s., la regola dell'unanimità coesiste con quella della maggioranza, entrambe esprimendo una comunanza di interessi la cui maggiore o minore intensità è rimessa, «caso per caso, alla discrezionalità del legislatore». Ci si potrebbe tuttavia domandare se, rispetto ad una unanimità che applicandosi il principio maggioritario è eventuale e comunque giuridicamente indifferente, la pretesa del legislatore di richiedere il «consenso di tutti i partecipanti» non configuri un diverso modo di decidere.

<sup>67</sup> Dove ad ogni singolo contitolare erano attribuiti i poteri (anche dispositivi) del proprietario esclusivo, salvo lo *ius prohibendi* spettante a ciascun altro partecipante: per prime indicazioni, G. SEGRE, *Corso di diritto romano: la proprietà e la comunione degli altri diritti reali*, Torino 1931, p. 116 s. Sulle diversità, di giustificazione e di significato, del principio di maggioranza nelle comunità medioevali germaniche – dove l'introduzione del principio era «sollecitata dalla necessità pratica di ovviare alle gravi conseguenze della possibilità che il singolo arrestasse il gruppo nel suo procedere» – e nei comuni italiani, che «delle minoranze non si occupano affatto, come se non esistessero», cfr. E. RUFFINI AVONDO, da cui sono estratte entrambe le citazioni, rispettivamente a p. 294 s., de *Il principio maggioritario nelle elezioni dei Re e degli Imperatori romano-germanici*, in *Atti della R. Accademia delle scienze di Torino*, 1924-1925, e a p. 22 de *I sistemi di deliberazione collettiva nel medioevo italiano*, Torino 1927.

<sup>68</sup> Generalmente si spiega che la regola della gestione congiunta nella comunione è motivata dalla connotazione essenzialmente statica, cioè di godimento, che caratterizza l'istituto; mentre, l'opposta soluzione adottata per la società semplice (art. 2257), ossia il potere di amministrazione disgiuntamente riconosciuto a ciascun socio, si giustifica per la rapidità che il dinamismo dell'attività economica esige: cfr. G. BRANCA, *Comunione*, cit., p. 179, A. FEDALE, *La comunione*, cit. p. 215; attualmente, M. DOGLIOTTI, *Comunione e condominio*, cit., p. 91 s.; G. GABRIELLI e F. PADOVINI, *La locazione di immobili urbani*, cit., p. 104; F. GALGANO, *La forza del numero*, cit., p. 203 ss.

legale fra coniugi (art. 180), dove la regola è invece l'amministrazione disgiuntiva.

Viceversa, l'ormai stratificata interpretazione giurisprudenziale, anche del giudice di legittimità, ammette l'amministrazione disgiuntiva del bene comune, derivandone la conseguente validità degli atti di ordinaria amministrazione autonomamente decisi e compiuti dal singolo comunista. Ed a tal fine, quando non risulti un'ostativa volontà contraria<sup>69</sup>, ricorre ad una presunzione di consenso – di volta in volta specificamente ricondotta<sup>70</sup> ad un presunto mandato conferito dagli altri partecipanti, o ad una reciproca rappresentanza, od anche ad una *negotiorum gestio* – in modo da concepire la decisione del singolo quale attività giuridica della maggioranza.

Interpellato e sollecitato da concrete vicende, significativamente questo convincimento – che potrebbe ricondursi alla metodologia interpretativa della valutazione degli interessi<sup>71</sup> – è pressoché esclusivamente originato ed applicato proprio al contratto di locazione infra-

<sup>69</sup> Per Cass., 10 gennaio 1983, n. 186, in *Riv. giur. edit.*, 1983, I, p. 522, «non è dubbio (...) che l'ostacolo al diretto godimento della cosa comune da parte di uno dei comproprietari frapposto dagli altri può risultare, oltre che da espressioni manifestazioni di volontà e indipendentemente da queste, anche da comportamenti a tal fine equivalenti, da apprezzare in relazione alle condizioni oggettive del bene comune e ai rapporti personali tra i diversi proprietari». Nello stesso senso ed anch'essa con riferimento ad un uso abitativo del bene, v. Cass., 14 febbraio 1985, n. 1258, in *Foro it.*, 1985, I, c. 2017.

<sup>70</sup> Fra le tante, nell'ordine di cui nel testo, Cass., 28 gennaio 2000, n. 962, in *Giust. Civ.*, 2000, I, p. 2312: «Sugli immobili oggetto di comunione concorrono (...) in difetto di prova contraria, pari poteri gestori da parte di tutti i comproprietari, in virtù della presunzione che ciascuno di loro operi con il consenso degli altri». I comunisti che hanno esercitato disgiuntamente tali poteri «non hanno alcun onere di dimostrare che gli altri approvano tale iniziativa, o sono comunque ad essa favorevoli» avendo «agito in forza di un mandato tacito, anche degli altri». Cass., 26 marzo 1983, n. 2158, in *Rep. Giust. civ.*, 1983, voce *Comunione e condominio*, p. 557, n. 81: «Tra i partecipanti alla comunione esiste un reciproco rapporto di rappresentanza, in virtù del quale ciascuno di essi può procedere alla locazione della cosa comune ed agire per la cessazione o la risoluzione del contratto e la consegna del bene locato anche nell'interesse degli altri partecipanti alla comunione». Cass., 11 aprile 1950, n. 950, in *Rep. Foro it.*, 1950, voce *Comunione e condominio*, c. 391, n. 23: «il singolo condomino può procedere alla locazione della cosa comune anche nell'interesse degli altri condomini e può agire nel comune interesse per ottenere il rilascio quale gestore degli affari altrui».

<sup>71</sup> Cfr. retro, nota 48, quanto alla tesi di Domenico Rubino sul criterio interpretativo nella valutazione degli interessi.

novennale (dell'intero bene comune)<sup>72</sup>, per lo più qualificato come atto di amministrazione ordinaria<sup>73</sup> e perciò sottratto alla disciplina

<sup>72</sup> Molte sentenze insistentemente precisano – tra altre, Cass., 29 agosto 1995, n. 9113, in *Giust. civ.*, 1995, I, p. 2618, che qualora non risulti l'espressa (ed ovviamente per ciò stesso insuperabile) volontà contraria (della maggioranza) degli altri, ogni comunista ha uguali poteri gestori nei confronti dell'immobile oggetto di comunione. Sicché il (singolo) comunista può appunto legittimamente locare l'(intero) immobile; e, pur se persona diversa da quella che ha originariamente assunto la veste di locatore, è altresì legittimato ad agire per il rilascio dello stesso bene, senza necessità di integrare il contraddittorio: Cass., 19 settembre 2001, n. 11806, cit.: «In tema di recesso dal contratto di locazione concernente un immobile oggetto di comunione, il principio della concorrenza di pari poteri gestori in tutti i comproprietari comporta che ciascuno di essi sia legittimato a dare disdetta del contratto e ad agire conseguentemente, nei confronti del conduttore, per il rilascio dell'immobile in recesso contro il conduttore, senza che sia configurabile una ipotesi di litisconsorzio necessario con gli altri comproprietari». Insomma: il presunto consenso fa sì che tutti i comproprietari diventino e siano parte del contratto locativo *de quo*. Su questo attribuire agli altri comunisti la qualità di parti del contratto, sulla base di una presunta e reciproca procura, dissente radicalmente A. Pino, *Validità ed efficacia delle locazioni stipulate dal singolo comproprietario*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1951, p. 862, rilevando il difetto di tale procura da un lato e la spendita del nome del rappresentante dall'altro, sia nel caso della costituzione che in quello della cessazione o risoluzione del rapporto locativo.

<sup>73</sup> Sulla riconduzione della locazione infranovenale all'ambito degli atti di amministrazione ordinaria, la giurisprudenza non nutre dubbi: cfr., fra molte, Cass., 29 ottobre 1993, n. 10779, in *Foro it.*, 1994, I, c. 764. Nello stesso senso, la tesi prevalente della dottrina: per tutti, v. G. MIRABELLA, *La locazione*, in *Tratt. dir. civ.* Vassalli, Torino 1972, 186 ss.

G. GABRIELLI e F. PADOVINI, o.c., p. 61 s., spiegano l'opzione giurisprudenziale come un «omaggio (...) alla certezza del diritto». Gli stessi autori, stante la necessità dell'applicazione dei principi generali e l'impossibilità (...) di affermare la natura di atto di ordinaria amministrazione per ogni locazione infranovenale», condividono – pur dichiarandolo «ormai sepolto» – un «orientamento di minoranza secondo il quale la valutazione circa la natura di atto eccedente l'ordinaria amministrazione della locazione infranovenale deve avvenire caso per caso» [il riferimento è già in Cass., 16 luglio 1946, n. 894, in *Rep. Foro it.*, 1946, voce *Locazione*, c. 640, nn. 71 bis-73 *ter*]; tale opzione è confermata a p. 100, dove l'affermazione che è «di scarsibile ritenere che tutte le locazione infranovenali rientrino nella nozione di atti di ordinaria amministrazione disciplinati dall'art. 1105».

In quest'ultima direzione, è tornata a pronunciarsi (in tema di concordato preventivo) Cass., 11 agosto 2004, n. 15484, in *Arch. loc.*, 2004, p. 743 (*ibid.*, 2005, p. 85), cassando la sentenza del giudice di appello, che aveva valutato come atto di ordinaria amministrazione un contratto di locazione infranovenale di un bene immobile, e spiegando che «la valutazione in ordine al carattere di ordinaria o straordinaria amministrazione dell'atto posto in essere dal debitore senza autorizzazione

dell'art. 1108. Ultimamente, anziché collegare il presunto consenso ad istituti di sostituzione soggettiva nell'esercizio di diritti, lo si deduce dal fatto che gli altri comunisti avrebbero «lasciato» al locatore «la completa disponibilità della cosa»<sup>74</sup>, in tal modo si sottrae la contropartita dell'unico diritto reale per dar rilievo ad un profilo possessorio focalizzato sul locatore, quasi che da compossessore lo si rendesse unico possessore del bene comune.

Si potrà supporre che, in misura maggiore della dottrina, i giudici così ragionando avvertano l'inadeguatezza dell'art. 1105 a disciplinare operativamente ed efficacemente la comunione nella concreta fattispecie<sup>75</sup>, essendo la disposizione silente sulla sorte dei contratti stipulati senza il consenso dell'altro o degli altri, benché tutti preventivamente informati. Ma se tale sensibilità può essere condivisa<sup>76</sup>, se può essere apprezzato il tentativo di porre rimedio alla situazione d'incertezza, non lo sono altrettanto le soluzioni offerte dalla giurisprudenza: nei fatti, si traducono in un'interpretazione in larga parte

del giudice delegato (...) deve essere compiuta con riferimento all'interesse della massa dei creditori (...) non già dell'imprenditore insolvente, essendo possibile che atti astrattamente qualificabili di ordinaria amministrazione se compiuti nel normale esercizio di un'impresa "in bonis" possano, invece, assumere un diverso connotato se compiuti nell'ambito di una procedura concordataria».

<sup>74</sup> Cass., 25 settembre 1978, n. 4291, in *Rep. Giust. civ.*, 1978, voce *Comunione e condominio*, p. 525, n. 141; Cass., 27 gennaio 1982, n. 538, *ivi*, 1982, voce cit., p. 537, n. 101; Cass., 9 novembre 1982, n. 5890, in *Rep. Foro it.*, 1982, voce cit., c. 469, n. 51; Cass., 26 maggio 1992, n. 6292, in *Rep. Giust. civ.*, 1992, voce cit., p. 561, n. 53; Trib. Busto Arsizio, 3 aprile 2006, cit.

<sup>75</sup> Una suggestiva indicazione in tal senso, in A. LENER, *La comunione*, cit., p. 350.

In differente ottica, A. PINO, *Validità*, cit., p. 857, nota 21, crede che «avendo riguardo alle idoneità (in senso tecnico) del bene, tutta la teoria della comunione, con particolare riguardo ai c.d. limiti posti a ciascun partecipante potrebbe essere oggetto di una revisione, e si comprenderebbe forse meglio la netta distinzione tra il rapporto obbligatorio di comunione [sussistente tra i comunisti] e i rapporti che ciascun partecipante o tutti i partecipanti stabiliscono con i terzi».

<sup>76</sup> Per una positiva valutazione, cfr. infatti F. GREGO, *Della proprietà*, cit., p. 32, e G. IUDICA, *Impugnazione contrattuali e pluralità di interessi*, Padova 1973, pp. 62-66, così differenziandosi dal prevalente dissenso della dottrina che stigmatizza negativamente l'orientamento della giurisprudenza: G. BRANCA, *Comunione*, sub art. 1105, n. 2, lett. c), cit.; F. D. BUSNELL, *L'obbligazione soggettivamente complessa*, Milano 1974, pp. 462-467; A. FEDERLE, *La comunione*, cit., p. 203 ss.; G. GUARINO, *Comunione*, cit., p. 258; A. LENER, *La comunione*, cit., p. 285, p. 316 s.; A. PALAZZO, *Comunione*, cit., p. 167.

abrogante lo stesso art. 1105; e Domenico Rubino avrebbe osservato che «segnatamente il giudice, non è tenuto a creare norme giuridiche, sia pure per il singolo caso concreto che a lui si presenti»<sup>77</sup>.

Ciascuna convinta della bontà dei propri argomenti e delle proprie conclusioni, dottrina e giurisprudenza sembrano dunque procedere su binari paralleli: la prima fedele alla lettera dell'art. 1105 (in particolare); la seconda a concepire e definire un rimedio al comportamento del singolo comunista che ha agito *sua sponte*, senza informare nessuno e senza decedere.

E tuttavia e nonostante tutto, proprio sul punto centrale le due tesi mi sembrano convergere: quando i giudici ricorrono e propongono quella finzione<sup>78</sup>, e con variazioni – che oscillano, appunto, tra la *negotiorum gestio*, il mandato, la rappresentanza reciproca – evocano la presunzione di consenso per fondare legittimità ed efficacia del comportamento del singolo condomino, in ultima analisi non confermano implicitamente che la gestione della comunione abbia ad essere collettiva? Né più né meno quanto sostiene la dottrina<sup>79</sup>, direttamente ed esplicitamente appellandosi all'art. 1105.

Rilevo senz'altro marginale stanti le differenti conclusioni degli uni e dell'altra. E non incide, comunque, sulla consistenza delle critiche e delle diffuse resistenze dogmatiche che in più modi si riversano sul riferimento orientamento giurisprudenziale e sulle sue conseguenze<sup>80</sup>.

Soprattutto, è frequente che gli si imputi un'impropria utilizzazione

<sup>77</sup> D. RUBINO, *La valutazione degli interessi*, cit., c. 6.

<sup>78</sup> E sul suo utilizzo per reagire all'avvertita inadeguatezza di una regola, modificandone ermeneuticamente il significato senza peraltro mutarne il dettato, cfr. A. LENER, *o.m.c.*, p. 350.

<sup>79</sup> Tra gli altri, M. BALZANO, *In tema di amministrazione disgiunta di beni in comunione*, in *Rev. giur. sarda*, 1993, p. 662.

<sup>80</sup> Evidenzia il contrasto la cit. Cass., 5 gennaio 2005, n. 165: «Si ritiene in giurisprudenza (con le critiche della dottrina che ritiene che il legislatore abbia disposto per l'amministrazione della cosa comune il concorso di tutti i comunisti e quindi un'amministrazione necessariamente congiunta) che ciascun comproprietario ha il potere di amministrazione della cosa comune, sulla base di un consenso tacito o di una presunzione di consenso o di un mandato presunto degli altri comunisti, talvolta sull'affermata esistenza di una reciproca rappresentanza».

Per A. FEDELE, *La comunione*, cit., 216 ss., la «giurisprudenza ha da tempo rotto ogni argine, giungendo a rendere pressoché puramente nominale, in tema di ordinaria amministrazione, la regola della spertanza collettiva della facoltà di gestire il bene comune».

degli istituti di sostituzione nell'attività giuridica, nel tentativo di supportare e di validare l'iniziativa del singolo comunista: la mera inerzia da parte degli altri non è infatti ritenuta sufficiente a manifestare alcunché, a far desumere atti concludenti che diano fondamento o giustificino la presunzione di conferimento di un mandato o di una procura, e nemmeno ad integrare i presupposti della *negotiorum gestio*<sup>81</sup>.

5. – Tra le obiezioni mosse alla giurisprudenza, non ultima è che l'interpretazione dei contrastati fautori del consenso presunto disattende totalmente – e con effetti conseguentemente abroganti – quanto configurato nell'art. 1105 per la «validità delle deliberazioni» in tema di «amministrazione della cosa comune».

Condivisibile nelle conclusioni e indubbiamente dirompente, il rilievo ruota attorno all'essenzialità dell'assemblea alla comunione, anche in tal caso ritenuta unica sede decisionale per i controllari di uno stesso diritto reale<sup>82</sup>.

<sup>81</sup> Con riferimento alla gestione di affari altrui, in tal senso G. BRANCA, *o.c.*, p. 166; A. FEDELE, *o.m.c.*, p. 219; A. LENER, *o.m.c.*, p. 316 ss., anche in astratto negando l'applicabilità della disciplina della *negotiorum gestio* in tale ambito ed escludendo che rispetto all'«affare gestito» il singolo comunista possa qualificarsi estraneo. G. GABRIELLI e F. PADOVINI, *o.c.*, p. 105 s., sottolineano la necessità del concorso del presupposto negativo dell'assenza di un divieto dell'interessato all'esecuzione di atti di gestione e di un elemento positivo «che 'colori' l'intervento come, almeno putativamente di utilità evidente»; quanto al primo requisito – precisato che «chi si interessa degli affari altrui *prohibente domino* è non già soggetto mosso da un lodevole spirito di solidarietà, ma un'implicazione che non va premiata, sicché l'interessato che ha vietato non è affetto tenuto ad adempiere le obbligazioni assunte dal gestore in nome di lui» – ritengono che sul punto l'orientamento giurisprudenziale appare «sicuramente conforme alla disposizione dell'art. 2031, comma 2, c.c.».

Per l'indoneità a dedurre l'esistenza del mandato dall'inerzia del mandante, v. G. MINERVINI, *Il mandato, la spedizione la commissione*, in *Tratt. dir. civ.* Vassalli, Torino 1954, p. 26, e più di recente G. GABRIELLI e F. PADOVINI, *o.c.*, p. 103 s; A. LUDMOSO, *Mandato, commissione spedizione*, in *Tratt. dir. civ. comm.* Cicu e Mes-sinco, Milano 1984, p. 141 (con riferimento alla reciproca procura presunta). In argomento, cfr. anche G. BRANCA, *o.c.*, p. 168 ss.; A. FEDELE, *o.m.c.*, p. 219; A. LENER, *o.m.c.*, 238 ss; A. PINO, *Validità*, cit., p. 861 s., tutti confermando l'inesistenza della procura e la mancanza della spendita del nome nella concreta fattispecie.

Che il silenzio non possa equivalere al consenso, neppure sussistendo pregressi rapporti fra le parti, sostiene in termini generali R. SACCO, *Il contratto*, in *Tratt. dir. civ.* Vassalli, Torino 1975, p. 60 ss.

<sup>82</sup> Evito di introdurre un lungo elenco di citazioni in gran parte risalenti, limitandomi ad indicare che, riferendo essere «opinione comune» che l'art. 1105, comma 3, «imponga, come condizione di validità della deliberazione, una vera e propria con-

Del tutto *communis*, l'*opinio* è da tempo consolidata e pressoché modulata nei termini di un rapporto causa effetto: chi concepisce l'assemblea dei comunisti, dalla pluralità degli uni deduce la necessaria esistenza dell'altra.

E non già per convinzione dogmatica, perché cioè si condividano quei pregi e quelle virtù che alcuni cultori di diritto societario attribuiscono al metodo collegiale<sup>83</sup>, ma che i civilisti della comunione tendono a trascurare. Ma perché tra le righe di chi ragiona in tal modo pluralità e molteplicità assumono lo stesso significato, diventando a tal punto fungibili che il primo termine scompare, confuso nel secondo e da questo inopinatamente assorbito: il «tutti», in cui i commi 1 e 3 dell'art. 1105 accorpano la somma dei «partecipanti», diventata «tanti», aggettivazione meno definita e sufficiente ad evocare i comunisti appunto come moltitudine.

Ed è perché si ha appunto in mente che questi abbiano ad essere molteplici e numerosi che, trovando conforto nel *nomen* «deliberazioni» ripetuto in articoli del codice dedicati alla comunione<sup>84</sup>, si è

vocazione di assemblea», in questi giorni anche F. GALGANO, *La forza del numero*, cit., p. 194, sostiene che il metodo assembleare «è espressamente previsto per la comunione dei diritti reali».

<sup>83</sup> Sulla «volontà collettiva» dell'assemblea intesa come unica manifestazione di volontà, diversa e trascendente la pluralità di quelle dai singoli partecipanti individualmente espresse tramite il voto, cfr. in particolare, A. VENDITTI, *Collegialità e maggioranza nelle società di persone*, Napoli 1955, p. 11 ss., 37 ss., a p. 55-59 tra l'altro indicando «il vantaggio virtuale, non di rado anche reale, del fatto che l'unità possa essere la risultante della discussione e del contraddittorio». Pur in prospettiva contrapposta ed affine a quella dei *common lawyers* – la deliberazione non è cioè la «volontà dell'assemblea», ma la volontà della maggioranza, sia pure formata in assemblea» –, attualmente anche F. GALGANO, *o.m.c.*, p. 193, scrive che il «metodo assembleare opera come strumento di protezione delle minoranze: permette loro di essere previamente informate dell'oggetto delle deliberazioni, di partecipare ad una discussione che preceda la votazione e nel corso della quale difendere, in contraddittorio con la maggioranza, il proprio punto di vista». La stessa esigenza protettiva anche in R. BOIAFFI, *La società semplice*, Milano 1975 (rist.), p. 304 («il rigore del principio maggioritario – ed il sacrificio che esso impone ai fini di una efficace ed unitaria gestione sociale – deve trovare un indispensabile correttivo nella possibilità che i soci dissenzienti possano manifestare la loro opinione») e in F. FERRARA jr., *Gli imprenditori e le società*, Milano 1980, rist., p. 243 ss.

<sup>84</sup> Cfr., infatti, nell'art. 1105, esplicitamente i commi da 3 a 5, implicitamente i due commi dell'art. 1106, il comma 1, dei tre artt. 1104, 1107, 1108, e fin dalla rubrica, «impugnazione delle deliberazioni», l'art. 1109. V. anche *infra*, nota 88.

In ogni caso, il regolamento di cui all'art. 1106, comma 1, formato «per l'ordi-

convinti che l'assemblea sia lo strumento con cui i «tanti» possano decidere sull'amministrazione (e non solo) del comune diritto, vincolandovi «minoranza dissenziente» ed assenti.

Però, quando nel titolo VII del Libro terzo il codice considera i controllari del medesimo diritto reale, con quel «tutti» si limita a supportarli al plurale. Non li conta ma vuole che siano contati, poiché intende che il loro *quantum* corrisponde in concreto al totale degli effettivi «partecipanti» nelle singole, specifiche, variabili, situazioni di comunione.

Il «tutti» può dunque comprendere tanti come pochi soggetti; riferirsi a comunioni con numerosi controllari non meno che a comunioni di due sole persone.

Quest'ultimo è tra l'altro il caso della moglie e del marito considerati al § 3; e che lì si sono visti controllari di un appartamento per quote divise.

Proporre che uno dei due abbia a convocare l'altro in una data prefissata, che abbiano a trovarsi entrambi in un luogo determinato per lì discutere in contraddittorio tra loro gli argomenti prestabiliti in un ordine del giorno e in quella sede formare deliberazioni su quanto oggetto dello stesso attraverso una pluralità di dichiarazioni unilaterali e connessa votazione, pensare insomma all'assemblea ed a quanto le fa da contorno, dall'avviso di convocazione alla redazione del verbale, mi pare congettura dogmatica non suffragata da alcuna disposizione normativa, palesemente confliggente col buon senso prima ancora che col principio di ragionevolezza<sup>85</sup>.

La amministrazione e per il migliore godimento della cosa comune», in relazione alla specificità della singola comunione potrebbe stabilire che la volontà dei comunisti debba essere manifestata esclusivamente nell'assemblea e risultare da deliberare collegiali, conseguentemente escludendo decisioni fuori dell'assemblea. Poiché il dato normativo limita i contenuti del regolamento all'«ordinaria amministrazione», mi pare invece difficilmente praticabile una previsione che riservasse alla competenza dell'assemblea e a decisioni collegiali solo ad alcuni argomenti prestabiliti, in ipotesi di straordinaria amministrazione: F. GALGANO, *La forza del numero*, cit., p. 209, scrive in proposito che ciò non «sarebbe congruo».

<sup>85</sup> Su cui v. nota 4, *retro*, § 1.

Essendo assai probabile l'assenza di un amministratore, che è presenza obbligatoria nel condominio «quando i condomini sono più di quattro» (art. 1129, comma 1), ed invece eventuale, e solo se voluta dai comunisti (art. 1106, comma 2), nella comunione, oltretutto ci si dovrà interrogare su chi sia competente a convocare l'ipotizzata assemblea.

Ritenere che di questioni di un tal genere il *praetor* non abbia ad occuparsi –



Forse è anche questa la ragione per cui nessuno degli articoli tra

oggi poi, vigente il principio di sussidiarietà, avrà di certo più ragioni di ieri per supporre di potersene «lavare le mani» —, dovrebbe comportare che i due comunisti siano liberi di procedere come loro meglio aggrada. Sicché, una volta che «d'amore e d'accordo» si siano intesi sul da farsi, non avranno bisogno d'altro: se presa «d'amore e d'accordo», la decisione è ovviamente all'unanimità, anche senza bisogno di (un'inutile) assemblea.

Cass., 8 febbraio 1978, n. 535, in *Rep. Foro it.*, 1978, voce *Comunione e condominio*, c. 425, n. 108, esclude che al condominio negli edifici con due partecipanti — c.d. minino, o più di frequente denominato piccolo condominio — sia applicabile «la disciplina dettata dall'art. 1136 cod. civ., in tema di costituzione dell'assemblea e di validità delle relative deliberazioni, la quale postula un numero di partecipanti superiore a due». Al medesimo, per Cass., 26 maggio 1993, n. 5914, *Foro it.*, 1993, I, c. 2844, sono «inapplicabili» le «norme procedurali sul funzionamento dell'assemblea condominiale, che resta regolata, dunque, dagli artt. 1104, 1105, 1106». Invece, secondo Cass., 29 maggio 1998, n. 5298, in *Rep. Foro it.*, 1998, voce *Comunione e condominio*, p. 729, n. 138 (e conf. Cass., 30 luglio 2000, n. 8876, in *Arch. loc.*, 2000, p. 715), le «spese necessarie alla conservazione o riparazione della cosa comune (...) devono essere oggetto di regolare delibera, adottata previa rituale convocazione dell'assemblea dei [due] condomini, della quale non costituisce valido equipollente il mero avvertimento o la mera comunicazione all'altro condomino della necessità di procedere a determinati lavori, benché urgenti ed indifferibili».

Con particolare riferimento alle società, e nell'ambito di ragionamenti sensibili alla tutela della minoranza, il metodo assembleare è stato ritenuto non necessario «per le deliberazioni all'unanimità, trovando ciascun socio adeguata protezione nella necessità del suo consenso»: F. FERRARA jr., *Gli imprenditori e le società*, cit., p. 245, e v. anche G.S. COCO, *Sulla volontà collettiva in diritto privato*, Milano 1967, p. 199 ss.

F. GALGANO, *o.h.c.*, p. 195, considerando «risolutiva» la «norma dettata dall'art. 1109» — a suo avviso, infatti, «a nessun altro questa attribuisce la facoltà di impugnare le deliberazioni prese con inosservanza del metodo collegiale se non alla "minoranza dissenziente"» (il che non è troppo esatto, dal momento che al comma successivo lo stesso articolo riconosce la medesima facoltà agli assenti) — ritiene il metodo collegiale «certamente superfluo, nella comunione, per le deliberazioni unanimi» («superfluità» confermata alla pag. successiva quanto alle «deliberazioni necessariamente unanimi»; e v. anche p. 199). Dunque: in caso di unanimità — quella necessariamente dovuta ex art. 1108, comma 3; e quelle che eventualmente dilatarono le maggioranze «sufficienti» richieste dagli artt. 1105, comma 3, e 1108, commi 1, 2 e 4 — si potrebbe prescindere dall'assemblea.

Il rilievo mi pare fondato in relazione all'art. 1108, comma 3. L'è infatti, o il «consenso di tutti i partecipanti» c'è, e allora poco importa il *quodmodo*, se conseguito in assemblea od altrove; e anzi verrebbe addirittura da dubitare sulla competenza e sul potere dell'assemblea a deliberare in argomento, tanto più che questa dovrebbe essere comunque totalitaria. Oppure la richiesta unanimità non c'è; ed allora a nulla servono l'assemblea e un'inutile maggioranza.

il 1100 e il 1116 impone esplicitamente che le decisioni tra comunisti debbano risultare per forza da una formale votazione, essere necessariamente assunte in assemblea, da un'assemblea appositamente convocata e validamente costituita<sup>86</sup>, risultante in un verbale.

Infatti, nonostante la diffusa e consolidata opinione contraria riferita all'inizio, sebbene nel fondo di qualcuna delle disposizioni sulla comunione l'assemblea si possa intravedere<sup>87</sup> e benché il *nomen* «de-

Lo stesso rilievo non mi pare invece estensibile alle altre ipotesi, indubbiamente più frequenti e meno eccezionali dell'altra, dove al *quantum* dei «sì» in ogni caso necessario e sufficiente a determinare la maggioranza (semplice o qualificata, a seconda della specifica disposizione normativa) e la conseguente deliberazione, si aggiungono altri «sì»; sicché la somma dei voti espressi, tutti ugualmente favorevoli, configura l'unanimità dei voti espressi dai presenti in un'assemblea validamente costituita. *Ex ante*, prima cioè che l'assemblea sia costituita e che la proposta sia votata, mi pare infatti di poter escludere che una delibera ci sia, pertanto non potrà qualificarsi unanime un risultato che, a quel momento non c'è, che tutt'al più è speranza o aspettativa: il suo avverarsi «per avventura» — così F. GALGANO, *La forza del numero*, cit., p. 196 — è accettabile ed è accertato *a posteriori*, dal convegno dei voti espressi in un'assemblea validamente costituita, poiché la deliberazione è unanime solamente se la somma dei voti individuali di ciascuno (dei partecipanti all'assemblea e alla conseguente votazione) dà esito convergente.

Supporto un'assemblea totalitaria consente di dedurre che se i «tutti» che «hanno diritto di concorrere all'amministrazione della cosa comune» (art. 1105, comma 1) sono presenti all'assemblea, evidentemente i «tutti» erano stati — come vuole l'art. 1105, comma 3 — «preventivamente informati dell'oggetto della deliberazione», sicché è per questa ragione che nessuno potrà appellarsi all'art. 1109, comma 1, n. 2, e lamentare l'inosservanza della «disposizione del terzo comma dell'articolo 1105». Se invece qualcuno dei comunisti non ha votato perché assente all'assemblea o perché non vi è stato convocato, il suo eventuale dissenso da quanto dagli altri deciso, o attiva l'impugnativa consentita a ciascuno «dei componenti la minoranza» dall'art. 1109, comma 1, nei pur ristretti limiti ivi indicati, oppure, trascorsi «trenta giorni» dalla comunicazione della deliberazione (art. 1109, comma 2) resta irrilevante. Sul che, v. anche *infra*, in calce a questo stesso numero.

<sup>86</sup> Per Cass., 27 ottobre 2000, n. 14162, in *Rep. Foro it.*, 2000, voce *Comunione e condominio*, p. 786, n. 184, in «tema di comunione semplice — diversamente da quanto statuito in tema di condominio degli edifici — gli artt. 1105 e 1108 c.c. non prevedono la costituzione formale dell'assemblea, ma semplicemente la decisione a maggioranza dei partecipanti». Nello stesso senso, G. GALI, *Formazioni collettive e verbali di assemblea*, in *Studi in memoria di V.E. Cantelmo*, I, Napoli 2003, p. 815.

A ritenere che «la previsione dell'art. 1105 c.c.» richieda l'avviso «di convocazione a tutti i condomini», e a credere che conseguentemente la «decisione venga espressa mediante una formale deliberazione assembleare», è invece Cass. 27 gennaio 1982, n. 538, cit.; da ultimo, lo è pure F. GALGANO, *La forza del numero*, cit., p. 194.

<sup>87</sup> Pur evidenziando che nell'art. 1105, comma 3, è scritto solamente «di pre-

liberazione» ricorra con frequenza nel lessico legislativo<sup>88</sup>, non trovo norme che esprimano un *favor* per il metodo collegiale. Che in altre parole precudano che, anziché formarsi contestualmente in assemblea<sup>89</sup>, la maggioranza per quote – ed eventualmente l'unanimità – possa invece derivare da un'accumulazione progressiva di separate manifestazioni di volontà, da consensi acquisiti non in una riunione collegiale ma nel corso di consultazioni tra partecipanti<sup>90</sup> da qualcuno

veniva informazione», F. GALGANO, *o.m.c.*, p. 195, aggiunge essere «opinione comune che essa imponga, come condizione di validità della deliberazione, una vera e propria convocazione dell'assemblea. Lo conferma l'art. 1109, comma 2, il prevedere una decorrenza diversa del termine per impugnare a seconda che si tratti di partecipanti dissenzienti o «assenti», ciò che presuppone che la deliberazione sia stata adottata a seguito di una riunione collegiale dei partecipanti».

<sup>88</sup> V. infatti *retro*, nota 84.

Ad avviso di G. GABRIELLI e F. PADOVINI, *o.c.*, p. 99, «“Deliberare” significa (...) riunirsi per discutere e decidere su argomenti dei quali, come risulta espressamente dalla norma dell'art. 1105 c.c. tutti siano stati previamente informati, in modo da essere in grado di esprimere nella discussione il proprio meditato parere».

Nello stesso senso, in tema di società di persone, A. VENDITTI, *Collegialità e maggioranza*, cit., e Id., *Nuove riflessioni sull'organizzazione collegiale delle società di persone*, in *Dn. giur.*, 1962, p. 385 ss.; A. SERA, *Unanimità e maggioranza nelle società di persone*, Milano 1980, p. 155 ss., ma non F. GALGANO, *o.m.c.*, p. 196 s., per il quale, nella «disciplina delle società di persone è (...) assente ogni traccia del metodo assembleare e, nel silenzio della legge al riguardo, si è da tempo consolidato un orientamento giurisprudenziale [da ultimo, Cass., 10 gennaio 1998, n. 153, in *Giur. it.*, 1998, I, c. 721] secondo il quale in queste società manca “quel particolare organo sociale che è l'assemblea dei soci”».

La «tradizionale teoria che qualifica la deliberazione come atto collegiale, esprimendo una volontà collettiva, e la contrappone tanto al contratto quanto all'atto unitilaterale», ad avviso di F. GALGANO, *o.m.c.*, p. 202, «risulta priva di basi normative».

<sup>89</sup> A conclusione di una ricognizione normativa sulla formazione dell'elemento volitivo negli enti collettivi, ho ritenuto – G. GALLI, *Formazioni collettive*, cit., p. 807 – che «a volte è richiesta – dalla legge od anche dallo specifico contratto – una decisione collegiale, connessa ad un sequenza procedimentale» (convocazione, partecipazione, discussione, votazione finalizzati al formarsi della conseguente deliberazione dell'assemblea, attraverso votazioni dai *quorumi* sempre configurati), e che «altre volte il consenso può invece derivare da fattori del tutto diversi; in *primis* da probabili consultazioni informali e per così dire spontanee tra i singoli partecipanti titolari di posizioni giuridiche». Considerazioni analoghe, ora anche in F. GALGANO, *La forza del numero*, cit., p. 190 e a p. 195: «il metodo assembleare non è sempre necessario per la formazione delle deliberazioni».

<sup>90</sup> Parafraendo un'espressione di G. ALPA, in *Atlante di diritto privato comparato*, a cura di F. Galgano, 4<sup>a</sup> ed., Bologna 2006, p. 91 ss., si potrebbe indicarci come un set di accettazioni.

di loro promosse e condotte magari per corrispondenza o per *e-mail* oltre che a voce, a prescindere e comunque al di fuori dell'assemblea. Ciò che sarà tanto più possibile e probabile in concreto, quanto più il «tutti» consista in un numero ridotto anziché in una molteplicità; e i rapporti tra i comunisti – coniugi compresi – non siano turbati da fattori conflittuali.

Si consideri inoltre che il diritto di «tutti» i partecipanti «di concorrere nell'amministrazione della cosa comune», per com'è scandito negli artt. 1105, comma 2, e 1108, commi 1 e 2, si susstanzia e si risolve in deliberazioni a maggioranza<sup>91</sup>.

Si può conseguentemente supporre e dedurre che il comunista di maggioranza possa decidere per sé e per gli altri – numerosi quanto si vuole – addirittura da solo, senza quindi bisogno di atti collegiali e di assemblee<sup>92</sup>, essendogli sufficiente di assommare la maggioranza delle quote. Non diversamente e come se fosse l'unico titolare del diritto sul bene, non deve pertanto discutere con gli altri e confrontare la propria con l'altrui volontà, né prima né dopo né durante un'assemblea. L'unico requisito – necessario ed insieme sufficiente<sup>93</sup> «per la validità

Si noti che sia l'art. 2532, comma 5, che l'art. 127 t.u. sull'intermediazione finanziaria ammettono che lo statuto possa prevedere deliberazioni prese dai soci per corrispondenza. A seguito della riforma del diritto societario del 2003, a sua volta l'art. 2370, comma 4, ammette che lo «statuto può consentire l'intervento all'assemblea mediante mezzi di telecomunicazione o l'espressione del voto per corrispondenza», tanto più che chi «esprime il voto per corrispondenza si considera intervenuto all'assemblea».

<sup>91</sup> V. infatti *retro*, § 4.

<sup>92</sup> Si può ipotizzare che sullo stesso argomento gli altri partecipanti – evidentemente di minoranza ed altrettanto evidentemente dal quorista di maggioranza informati delle proprie intenzioni – possano prendere l'iniziativa per una riunione, magari assembleare, in cui discutere ed esprimere «il proprio meditato parere». Ammettendo per risolta la questione – tutt'altro che di secondario rilievo: in tema di condominio, v. art. 66 disp. att. – circa la titolarità del potere di convocazione, ed entrando nel merito di quella riunione, si può intanto supporre che vi partecipi pure il maggior comunista: evidentemente l'esito della deliberazione dipende dal suo voto, gli altri – i «si» che vi si aggiungessero, o i «no» che fossero di segno viceversa contrario – non essendo di per sé determinanti. Se è invece assente – traslascio di indagarne le cause (un invito volutamente mancato? un difetto di comunicazione? Il dare per scontata l'invitabilità della riunione?) e pure di considerare se quella riunione sia davvero un'assemblea – quanto in quella sede deliberato difetta di maggioranza: già di quella costitutiva e in ogni caso di quella deliberativa, pure se vi si fosse deciso all'unanimità dei presenti.

<sup>93</sup> Sicché, adattando una locuzione di F. GALGANO, *La forza del numero*, cit., p.



[non della costituzione dell'assemblea, ma] delle deliberazioni» della maggioranza – è che «tutti i partecipanti siano preventivamente informati dell'oggetto della deliberazione» (art. 1105, comma 3), che la decisione finale non sia cioè formata all'insaputa di qualcuno dei contitolari.

Più che un requisito, piuttosto un onere procedurale. E oggi che i giuristi hanno mutuato il vocabolo dal dizionario degli economisti, lo si direbbe espressione di trasparenza: dà modo alla minoranza di controllare l'esercizio del potere maggioritario che incide *pro quota* sul diritto di «tutti». In caso di inadempimento, la reazione sanzionatoria è – lo si è appena visto – l'invalidità di quanto deciso<sup>94</sup>, «ciascuno dei componenti la minoranza dissenziente» (art. 1109, comma 1), e così pure gli assenti (art. 1109, comma 2), potendo infatti impugnare «le deliberazioni della maggioranza» (art. 1109, comma 1).

La preventiva informazione sull'«oggetto della deliberazione» mi pare simile ad una proposta. Se così fosse, è scontato che chi prende l'iniziativa non ne conosce l'esito<sup>95</sup> fin dall'inizio, pur contando sul suo successo.

13, il «sostegno della maggioranza è quanto occorre» ma non è «quanto basta», dovendosi in tal caso senz'altro escludere che «nient'altro è necessario, perché il potere sia legittimo, se non il voto dei più».

Un'attenzione legislativa che almeno apparentemente si esaurisce in questi termini – per così dire «a monte», prima della deliberazione cioè – propone interrogativi sul versante della prova: a differenza del «processo verbale» di cui è parola nell'ult. comma dell'art. 1136, per la comunione niente è previsto per dar conto che tutti i partecipanti sono «stati preventivamente informati dell'oggetto della deliberazione», sulle decisioni dei comunisti e il loro contenuto, sulla quantificazione della maggioranza e dunque sull'esistenza stessa delle deliberazioni condominiali.

È invece solo «a valle» la comunicazione prevista dall'art. 259, comma 3, c. nav, richiamato dal successivo art. 872 in tema di proprietà navale: «Quando la maggioranza è detenuta da un solo carista, le determinazioni di questo vincolano la minoranza per quanto concerne l'ordinaria amministrazione, anche se prese senza convocazione degli altri caristi, purché siano a questi ultimi comunicate entro otto giorni con lettera raccomandata».

<sup>94</sup> Se così è, la pretesa della giurisprudenza – v. *retro*, § 4, e *infra*, § 6 – di supporre a un'informazione preventiva che in concreto non c'è stata con una presunzione integralmente virtuale, contraddice la realtà della situazione e disattende una *voluntas legis* chiaramente esplicitata in senso contrario. Si ricordi in proposito l'insediamento di D. RUBINO, *La valutazione degli interessi*, cit., c. 6, su «l'interprete, e segnatamente il giudice» che «non è tenuto a creare norme giuridiche».

<sup>95</sup> Naturalmente, sempre che quel qualcuno dei comunisti non coincida col titolare della quota di maggioranza, oppure con i comunisti portatori delle quote di maggioranza.

Perché questo sia favorevole e si verifichi in concreto, sulla proposta deve convenire un numero di consensi sufficienti a determinare la maggioranza di cui agli artt. 1105 e 1108.

I quali – per quanto in precedenza accertato – sono scontati e precisano alla decisione, quando la parte proponente è titolare della maggioranza delle quote. Altrimenti i «sì» potranno essere acquisiti nelle consultazioni promosse – individualmente o assieme ad altri – dal o dai comunisti interessati a quanto forma oggetto della proposta, con accumulazioni progressive delle volontà di partecipanti che manifestino assenso sull'oggetto dell'informazione fornita e ricevuta. Quando lo impongano ragioni di opportunità<sup>96</sup>, o il regolamento della comunione (se esistente), i consensi potranno infine derivare dalla deliberazione dell'assemblea dei contitolari, appositamente convocati con i crismi del caso (dal o) dai proponenti.

Salvo diversa opzione (del o) dei comunisti di maggioranza, a dare successivamente esecuzione alla decisione perfezionata dovrebbe poter essere lo stesso proponente (o qualcuno dei proponenti). Nessuna indicazione normativa depone esplicitamente in tale direzione, ma la soluzione mi pare legittimata dall'applicazione residuale del criterio degli interessi<sup>97</sup>, altrimenti, ed almeno nell'attesa di quell'amministratore giudiziario di cui è parola nell'art. 1105, comma 4 («se la deliberazione adottata non viene eseguita»), la decisione assunta resterebbe *tamquam non esset*.

Viceversa la proposta che non abbia conseguito la necessaria maggioranza è senz'altro improduttiva di effetti. Lei, la proposta cioè, è non certo la deliberazione di fatto mancata e giuridicamente inesistente: che siano emersi durante le consultazioni, o che consistano nei voti contrari espressi in assemblea, i «no» della maggioranza hanno per diretto riferimento appunto la proposta, sostenuta da «sì» minoritari che pertanto non le valgono l'accoglimento. E poiché i nn. 1 e 2 dell'art. 1109 presuppongono «deliberazioni della maggioranza», nella specie insussistenti, è in tal caso altrettanto impossibile configurare una contrapposta «minoranza dissenziente». Necessariamente si dovrà allora escludere la legittimità di giuridicamente presumere qualcosa – il consenso, la delibera, o che altro – che nei fatti e giuridicamente non esiste.

<sup>96</sup> In particolare quando il novero dei comunisti è consistente, o si ritenga prudente far risultare da un verbale la o le deliberazioni.

<sup>97</sup> Su cui, cfr. D. RUBINO, *La valutazione degli interessi*, cit., *retro*, nota 48.

Le precedenti considerazioni sono arricchite dall'affermazione di una convincente dottrina, che dall'art. 1105, comma 3, deduce che «il singolo comproprietario o quei partecipanti alla comunione che raggiungano la maggioranza di quote non possono legittimamente compiere atti di ordinaria amministrazione, senza nemmeno avvertire gli altri»<sup>98</sup>.

Da parte di una maggioranza autosufficiente, l'informazione preventiva a «tutti» gli altri è dunque comunque dovuta; e la si può spiegarne in relazione agli artt. 1109, comma 1, 1105, commi 2 e 3, e 1108, commi 1 e 2. Una volta che questa sia stata fornita, l'ipotezzata autosufficienza della quota (di uno o delle quote di alcuni comunisti) comporta di poter prescindere dall'accordo con gli altri, consente di fare a meno della minoranza: a differenza di quanto avviene quando chi informa e propone è poi costretto a coinvolgere altri e cercarne i consensi sulla propria proposta, qui «chi propone dispone», senza aver bisogno d'altro e senza remore se non quelle dovute alla propria coscienza o sensibilità.

Per impugnare «le deliberazioni della maggioranza» il poc'anzi intravisto ult. comma dell'art. 1109 fissa un termine di decadenza di trenta giorni.

Pure l'ultimo comma dell'art. 1137 concede trenta giorni ai condomini che intendano eccepire sulle deliberazioni dell'assemblea. E tanto per la comunione che per il condominio, i commi finali dei due articoli coincidono ulteriormente nel prevedere la stessa uguale decadenza di quel breve termine, variandola a seconda che a proporre l'opposizione sia qualcuno dei componenti la minoranza dissenziente o piuttosto degli assenti. Per questi ultimi – identificabili con non partecipanti all'assemblea benché informati, con quanti non convocati all'assemblea o non preventivamente consultati sull'oggetto della decisione – esso ha inizio dal «giorno in cui sia stata loro comunicata la deliberazione».

Un marginale rilievo: a chiusura della disciplina dal codice dedi-

<sup>98</sup> Così G. GABRIELLI e F. PADOVINI, *La locazione di immobili urbani*, cit., p. 99. Poiché la maggioranza non può decidere all'insaputa della minoranza (art. 1105, comma 3, e 1109, n. 2), non è conseguentemente estensibile alla comunione dei diritti reali la tesi elaborata – fin da Cass., 9 marzo 1948, in *Riv. dir. comm.*, 1948, II, p. 231 – in tema di società di persone, secondo la quale la volontà dei soci può «manifestarsi in qualunque modo», anche tacitamente e «desumersi per implicito da atti concludenti».

cata al condominio negli edifici, l'art. 1139 autorizza a supplire «quanto non è espressamente previsto» in quella sede, con interpretazione analogica delle «norme sulla comunione in generale». Ma se è vero che i commi finali degli artt. 1109 e 1137 hanno – per quanto accertato – entrambi lo stesso contenuto, nel segno della coerenza qualcosa non torna: tra il dire degli artt. 1139 e 1109, e il ripetere dell'art. 1137, il disposto dell'ult. comma di quest'ultimo smentisce l'affermazione dell'art. 1139, per ciò risultando un inutile duplicato del pari comma dell'art. 1109.

Si potrà infine indagare ed interrogarsi su effettività ed efficacia dell'identico rimedio – art. 1109, ult. cpv., e pari comma dell'art. 1137 – apprestato dal codice a tutela della minoranza «di fronte al rischio di (...) decisioni che possono concernere direttamente la misura in cui si concreta il suo diritto di utilizzazione del bene»<sup>99</sup>.

Mi pare in ogni caso certo che i dati normativi attuali collochino l'onere informativo in momenti distinti.

Nel paragrafo che precede si è visto anticipare la deliberazione per indicarne l'oggetto a tutti i contitolari (art. 1105, comma 2, ed anche art. 66, comma 3, disp. att.). A deliberazione assunta si risolve nel comunicare il *decisum* agli assenti eventuali (art. 1109, comma 2, c.c.).

Di conseguenza la presenza di tutti i comunisti all'assemblea consente di dedurre, da un lato che l'informazione preliminare, «a monte» cioè della decisione, c'è stata e che questa è pertanto valida; dall'altro che quella «a valle»<sup>100</sup> non è necessaria e non è dovuta, se nell'assemblea totalitaria la deliberazione è votata all'unanimità.

*Mutatis mutandis*, considerazioni non dissimili si estendono all'ipotesi in cui i «tutti» abbiano condiviso la preannunciata proposta, non collegialmente ma con atti separati ugualmente produttivi di un altrettanto unanime risultato.

6. – Precedentemente introdotto al § 3, e lì lasciato davanti ad una locazione che vanificava la sua pretesa di rientrare in possesso dell'abitazione in comunione, quel comunista di maggioranza – nonché marito e padre – avrà avuto a che ridire su bontà ed efficacia del principio «chi propone, dispone».

<sup>99</sup> Traggo il periodo virgolettato da P. SCHLESINGER, *L'approvazione del rendiconto annuale nelle società di persone*, in *Riv. soc.*, 1965, p. 844 s.

<sup>100</sup> V. retro, nota 93, sulla previsione solo «a valle» dell'art. 259, comma 3, c. nav., in tema di comproprietà navale.

Per lui in lite col coniuge sarebbe stato certamente preferibile che la locazione disposta dalla moglie – comunista di minoranza e madre del conduttore – non avesse avuto luogo; tanto più che l'essere suo figlio, anziché un qualsiasi locatario, ad occupare il proprio (*pro quota*) appartamento, non migliora la situazione.

In relazione agli interessi in conflitto, più che seguire a ragionare con le norme della contitolarietà, della comunione cioè, come fatto finora, conviene forse che si giri la medaglia per guardare l'altra faccia.

Emergono allora con immediatezza i connotati della locazione e dei diritti personali di godimento – indiretto per il locatore, diretto del conduttore – che ne conseguono.

Anzitutto, perché qui più immediatamente interessanti, i termini problematici della legittimazione a concluderla tra i comproprietari. Poi, anche il tema antico della locazione *a non domino*.

Della prima si sostiene che se non disposta a maggioranza, sarebbe *a domino* per la quota di titolarità, e contemporaneamente *a non domino* quanto alla residua<sup>101</sup>.

A leggerla in controluce, la tesi mi sembra evocare un eccesso di potere da parte del locatore. E dunque altri articoli del codice: l'art. 1015, dove impropriamente è definita «abuso» l'alienazione dei beni da parte dell'usufruttuario; l'art. 1480, il cui venditore è di cosa «solo in parte di proprietà altrui»; più ancora l'art. 1398, dove «colui che ha contrattato (...) eccedendo i limiti delle facoltà conferitegli», è però assimilato a chi contratta senza potere, e dunque esercita un potere che non ha.

Quanto alla locazione *a non domino*, la valutazione della giurisprudenza da tempo collima col tradizionale e unanimemente condiviso orientamento della dottrina. E ciò a prescindere dalla configurazione che si intende dare circa gli effetti del contratto di locazione, se essi abbiano cioè natura meramente obbligatoria o presentino elementi di realtà<sup>102</sup>.

<sup>101</sup> La «locazione di cosa indivisa da parte di uno dei contitolari è locazione di cosa parzialmente altrui», scrive infatti C. MIRABELLI, *La locazione*, cit., p. 278, considerandola «inoppugnabile, come tale, agli altri condomini, che non vi abbiano consentito, e quindi destinata a cessare qualora costoro facciano valere il loro diritto e generante responsabilità solo a carico del locatore».

<sup>102</sup> Sul primo versante, v. infatti R. MICCIO, *La locazione*, in *Giur. sist. civ. comm.* Bigari, Torino 1980, p. 65 ss.; G. MIRABELLI, o.c., p. 277; G. PROVERA, *Della loca-*

Una non recente sentenza del giudice di legittimità afferma ad esempio che «per assumere la qualità di locatore non è necessario essere proprietario della cosa locata né agire in nome del proprietario, ma è sufficiente che il contraente abbia la disponibilità della cosa, a qualunque titolo e sia in condizione di trasferire la detenzione e il godimento al conduttore»<sup>103</sup>.

E pressoché con le stesse parole, una voce autorevole tra quanti di recente scrivono in tema di locazione – oltre tutto sapientemente perustrando tra «massime mentitorie» – riconosce che «la locazione è del tutto indifferente all'esistenza della legittimazione a disporre del

zione, in *Comm. cod. civ.* Scialoja e Branca, Bologna-Roma 1980, p. 88 ss.; A. TABET, *La locazione-conduzione*, in *Tratt. dir. civ. comm.* Cicu e Messineo, Milano 1972, p. 177; tra quanti intravedono elementi di realtà o comunque ritengono che l'acquisto del diritto del locatore segua le regole dell'acquisto derivativo: cfr. C. LAZZARA, *Il contratto di locazione*, cit., p. 63 ss.; R. SEZZUOCO, *Legittimazione a locare*, in *Riv. giur. edili*, 1973, p. 52; e pure A. LUMINOSO, *Tutela aquiliana dei diritti personali di godimento*, Milano 1972, p. 190 ss., per il quale il «trasferimento» del diritto dal locatore al locatario è subordinato al legittimo esercizio di tale facoltà di godimento da parte del concedente.

<sup>103</sup> Così, nella motivazione (peraltro inedita) di Cass., 9 novembre 1982, n. 5890, che virgolettandola riproduce Cass., 9 maggio 1981, n. 3070, in *Rep. Giust. civ.*, 1981, voce *Locazione*, p. 2567, n. 486, ed esplicitamente richiama i propri precedenti – Cass., 11 febbraio 1978, n. 640, in *Rep. Giust. civ.*, 1978, voce cit., p. 2356, n. 2; Cass., 11 luglio 1978, n. 3503, *ivv*, voce cit., p. 2355, n. 1; Cass., 25 maggio 1977, n. 2161, in *Rep. Foro it.*, 1977, voce cit., c. 1755, n. 34 – quali espressioni di un «principio consolidato in dottrina e giurisprudenza».

Può aggiungersi Cass., 16 gennaio 1957, n. 87, in *Rep. Foro it.*, 1957, voce cit., c. 1464, n. 34, dove la precisazione che il contratto è valido anche se il locatore dispone della cosa abusivamente.

Non manca tra gli scritti più risalenti – C. LAZZARA, o.c., p. 105; G. MIRABELLI, *La locazione*, cit., p. 277; A. TABET, o.c., p. 180 – chi richiama il dibattito antecedente il codice del 1942, in cui i sostenitori della validità della locazione di cosa altrui si contrapponevano a quanti invece la negavano. Quel dibattito lo si dice successivamente «sopito allorché venne legislativamente sancita dall'art. 1478 c.c. la possibilità della vendita di cosa altrui»: F. BORRELLIO, *La locazione di cosa altrui*, in *Contratti*, 1998, p. 479 ss.; e quanto all'affermazione che le norme sulla vendita di cosa altrui si applicano analogicamente alla locazione di cosa altrui, v. la lontana Cass., 11 aprile 1949, n. 83, in *Rep. Foro it.*, 1949, voce *Locazione*, c. 972, n. 148. Peraltro, il ricorso analogico alla vendita di cosa aliena è criticato, in nome del carattere obbligatorio della locazione, da un consistente settore della dottrina: tra altri, L. CAROTTA FERRARA, *I negozi sul patrimonio altrui, con particolare riguardo alla vendita di cosa altrui*, Padova 1936, p. 3; D. RUBINO, *La compravendita, in Tratt. dir. civ. comm.* Cicu e Messineo, 2ª ed., Milano 1962, p. 352 ss.; C. LAZZARA, o.l.c.

locatore della cosa ad altri concessa in godimento, poiché essa è non soltanto valida ma anche pienamente efficace», pur quando derivi *a non domino*<sup>104</sup>. Una dottrina più risale, al termine di una ricognizione di istituti e discipline, concludeva lapidariamente – rendendo evidente come anch'essa fosse «istintivamente» portata a trovare il «bandolo» della questione «sotto il profilo della valutazione degli interessi in conflitto»<sup>105</sup> – che la «tesi dell'invalidità della locazione di cosa altrui non ha (...) né fondamento dogmatico né pratica giustificazione», in quanto «non sussiste interesse né delle parti né generale che la esiga: il locatore, (...) ha interesse a ricevere il corrispettivo del godimento attribuito finché questo viene attuato; il conduttore ha interesse ad attuare il godimento pattuito; se l'impegno contrattuale viene attuato, a questi interessi non può essere negata tutela».

Pare potersi dunque dedurre che, nonostante l'anomala presenza di una delle parti, nessuno dei due sindacati atti locativi sia qualificabile in termini di invalidità: validamente concluso quello che prescinde dall'idea di maggioranza per il fatto stesso di essere integralmente *a non domino*; e così pure l'altro, concluso da un *dominus pro quota*, cui differita la maggioranza quanto alla quota residua.

In tal modo, finché si discute cioè di formazione contrattuale e di effetti che ne derivano tra le parti, sembra addirittura irrilevante la stessa qualificazione *a non domino* del concedente: darla per «valida» e per «pienamente efficace», equivale ad appunto considerare il contratto perfezionato<sup>106</sup>. Di conseguenza, «l'impegno contrattuale» com-

<sup>104</sup> G. GABRIELLI e F. PADOVINI, *o.c.*, p. 77 ss.; la successiva frase virgolettata esprime il pensiero di G. MIRABELLI, *o.c.*, p. 276; nello stesso senso, G.S. COCCO, *Locazione*, in *Enc. dir.*, XXIV, Milano 1974, p. 932, ss. A. TABET, *o.c.*, p. 177 ss.; R. SPRUZZUOCO, *La legittimazione*, cit., p. 52.

Si noti l'antica affermazione di G. POTNER, *Trattato del contratto di locazione*, I, Napoli 1820, 2ª ed., p. 35: «Una locazione fatta da una persona che non ha alcun diritto di farla, non è in verità valida nel senso che possa dare al conduttore il diritto che non aveva il locatore medesimo di godere della cosa, ma è bensì valido in ciò che obbliga il locatore, che ha fatto l'affitto come d'una cosa che gli appartiene, ad adempiere la sua obbligazione, altrimenti, se non può adempirla, a risarcire i danni e interessi al conduttore; ed obbliga altresì il conduttore al pagamento dei fitti finché non viene impedito di godere».

<sup>105</sup> Per le parole di D. RUBINO, *v. retro* nella parte iniziale del § 2.

<sup>106</sup> A. TABET, *o.c.*, p. 182, precisa che se anche «il conduttore non riuscirà a realizzare il suo diritto di godimento per tutta la durata contrattuale, il locatore è tenuto a garantirlo (art. 1585): il che sembra essere la riprova che il contratto è valido ed efficace sino a quando il conduttore non perderà il godimento».

porta, per il conduttore il «prendere in consegna» ed il «dare il corrispettivo» come sancito dall'art. 1587, nonché le ulteriori prestazioni previste nelle norme successive, per il *non dominus* – e poco importa in che misura lo sia – i tre «fare» enumerati dall'art. 1575, oltre gli altri dettati negli articoli che lo seguono.

A mantenere aperta l'analisi e a riproporre l'anomala posizione *a non domino* del locatore, è tuttavia la potenziale precarietà che ne può derivare al rapporto.

Infatti, nonostante ogni disponibilità e fittivo comportamento per assolvere l'obbligazione<sup>107</sup> di «prendere in consegna la cosa» (art. 1587), il conduttore potrebbe esserne impedito ed impossibilitato dall'altra parte, che non fosse in grado di consegnargli «la cosa locata».

Si potrà opporre – e a ragione – che la stessa situazione può altrettanto verificarsi anche quando il locatore sia il *dominus*. E peraltro innegabile che essa può prodursi con maggiore intensità e con più frequente probabilità in caso di locazione *a non domino*.

Del che danno del resto indiretta testimonianza, e fanno senz'altro riflettere, le insistenti e affermazioni che connettono l'obbligazione di «far godere» da parte del locatore in genere, e di quello *a non domino* in particolare, all'avere questi la «disponibilità [materiale] della cosa», ed essere quindi «in condizione di trasferirne la detenzione e il godimento al conduttore»<sup>108</sup>. Tanto più che alcune decisioni assegnano alla «disponibilità» un rilievo del tutto anomalo: si scrive, innanzitutto, che un contraente, per «assumere la qualità di locatore» deve avere «la disponibilità della cosa stessa»<sup>109</sup>. Altre indagano sulla

<sup>107</sup> L'incipit dell'art. 1587 la sottolinea addirittura con un «deve». Ma poiché senza la consegna il conduttore non può servirsi del bene, mi pare più appropriato pensare alla presenza di un onere piuttosto che a un'obbligazione.

<sup>108</sup> Il periodo è della cit. Cass., 9 novembre 1982, n. 5890. Similmente anche Cass., 9 maggio 1981, n. 3070, cit.; Cass., 11 febbraio 1978, n. 640, cit.

Così ragionando, la giurisprudenza valorizza la produzione dell'effetto (tipico) del contratto di locazione; ma, nella misura in cui le fa coincidere, confonde la disponibilità materiale con la legittimazione a disporre del locatore. L'incidenza di quest'ultima sulla validità del negozio, ad avviso di A. TABET, *o.c.*, p. 177, che concepisce la locazione come contratto ad effetti meramente obbligatori, sarebbe infatti questione mal posta: «un problema di legittimazione (attiva) a locare può porsi soltanto se si concepisce la locazione come contratto ad effetti immediati e reali, giacché solo in questo tipo di figure contrattuali la situazione giuridica del locatore rispetto al bene assume rilevanza giuridica».

<sup>109</sup> Cass., 11 luglio 1978, n. 3503, cit., in tal modo conseguenzialmente sacrificando la posizione del conduttore.

provenienza di quella «disponibilità»: se possa essere stata cioè acquisita «a qualunque titolo, purché non contrario a norme imperative»<sup>110</sup>. Comunque, a fronte di una giurisprudenza in proposito particolarmente silenziosa, qualcuno si interroga sulla sorte del contratto quando la consegna della cosa locata sia intervenuta, ma il titolo della disponibilità del bene sia illecito<sup>111</sup>.

Proseguire nel considerare e dar conto di tanti ragionamenti attorno alla disponibilità materiale del bene non è tuttavia consentito dai confini dell'argomento in esame.

Si può perciò tornare alla più sopra registrata equivalenza tra *dominus* e *non dominus* quanto alla figura del locatore, al perfezionamento e agli effetti *inter partes* del negozio locativo: essa si dissolve – e pare anzi diventare antitetica oltre che conflittuale – quando l'indagine si addentra a valutare efficacia ed opponibilità<sup>112</sup> della conclusa locazione.

<sup>110</sup> Così Cass., 11 luglio 1978, n. 3503, cit., ma anche Cass., 13 maggio 1968, n. 1508, in *Rep. Giust. civ.*, 1968, voce *Locazione*, p. 2516, n. 1. Cass., 11 novembre 1994, n. 9491, in *Contratti*, 1995, 2, p. 207, pur condividendo che «il contratto di locazione (...) prescinde dall'esistenza e titolarità, in capo al locatore, di un diritto reale sulla cosa, essendo sufficiente che egli ne abbia la disponibilità», precisa che tuttavia «tale disponibilità» deve aver «avuto genesi in un rapporto (o titolo) giuridico che comprenda il potere di trasferire al conduttore la detenzione o il godimento»; e conseguentemente «non può assumere la qualità di locatore colui che abbia soltanto la disponibilità di fatto della cosa stessa»; conf., tra altre, Cass., 20 aprile 1995, n. 4477, in *Arch. loc.*, 1995, p. 567.

<sup>111</sup> V. infatti le lucide indicazioni di A. LUMINOSO, *Tutela aquiliana*, cit., p. 190 ss., per il quale il «trasferimento» del diritto dal locatore al conduttore è subordinato al legittimo esercizio del godimento da parte del concedente. G.S. COCO, *Locazione*, cit., p. 934, precisa che «la legittimazione del locatore si può compiutamente definire riportandola insieme sia all'obbligo di trasferire e garantire l'uso e il godimento sia alla liceità della situazione che ne costituisce il presupposto». *Contra*, Cass., 16 gennaio 1957, n. 87, cit., per la quale il «contratto di locazione, avendo natura meramente obbligatoria, spiega tutti i suoi effetti tra i contraenti, anche se il locatore non disponga o disponga abusivamente dell'immobile che concede in locazione»; v. anche Cass., 25 maggio 1977, n. 2161, cit.; Cass., 9 maggio 1981, n. 3070, cit.

<sup>112</sup> Sul punto, G.B. FERRI, *Parte del negozio giuridico (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, XXI, Milano 1981, p. 901 ss., ed anche G. BENEDETTI, *Dal contratto al negozio unilaterale*, Milano 1969, p. 204 ss. Preferisco riferirmi a tale concetto piuttosto che a quello affine di opponibilità, perché quest'ultimo lo si dichiara «così evanescente che comprende in sé elementi del tutto diversi, sotto l'unico dato comune di una conseguenza che ha causa nel negozio ma che è diversa dagli effetti diretti di questo»: G. VETTORI, *Opponibilità*, in *Enc. giur. Treccani*, Roma 1999, p. 2, e v. anche Id., *Efficacia ed opponibilità del patto di preferenza*, Milano 1983, *passim*.

Mi sembra, infatti, che il principio di relatività del contratto di cui all'*incipit* dell'art. 1372, debba indurre a negarne una *vis expansiva*<sup>113</sup> nei confronti dell'effettivo titolare del bene, del *dominus* che è terzo rispetto al negozio del *non dominus*. Sul che, del resto, convergono i pochi autori che se ne sono occupati, convergendo nel ritenere che non gli sia opponibile la locazione da altri conclusa<sup>114</sup>.

Se poi si considera che il locatore *a non domino*, per quanto si è precedentemente accertato è anch'egli tenuto ad adempiere le «obbligazioni principali» dell'art. 1575, si dovrà constatare che la consegna del bene è strumentale a che altri lo utilizzi e se ne serva. E che se questa interviene *volente domino*, inevitabilmente ed in corrispondenza misura sacrifica e lede il godimento del proprietario su quello

Ne convenivano N. GIUDICEANDREA, *Locazioni e sublocazioni di immobili urbani*, 2ª ed., Milano 1956, p. 44, e C. MIRABELLA, *o.c.*, p. 277 s. Poco praticato e non poco discusso, nel codice civile è tuttavia presente un articolo, il 1606, che mi pare configurare un principio di opponibilità a termine: «Nei casi in cui il diritto del locatore sulla cosa locata si estingue con effetto retroattivo, le locazioni da lui concluse aventi data certa sono mantenute, purché siano state fatte senza frode e non eccedano il triennio».

<sup>113</sup> Così, tra altri, in particolare, prima G. MIRABELLA, *La locazione*, cit., p. 278, e A. TABET, *La locazione-conduzione*, cit., p. 192; poi R. MICCIO, *La locazione*, cit., p. 85; e da ultimo anche F. BORELLO, *o.c.*, p. 486.

<sup>114</sup> È perciò criticabile l'affermazione che conserva validità ed efficacia al negozio locativo, nonostante la constatata violazione dei poteri di amministrazione della cosa comune, limitandosi a riconoscere ai comproprietari di maggioranza il risarcimento del danno: oltre a Cass., 9 novembre 1982, n. 5890, cit., anche Cass., 26 maggio 1992, n. 6292, cit., nega che «agli altri partecipanti, che gli hanno lasciato la completa disponibilità della cosa, possa competere azione di rilascio, e tantomeno di rivendica, nei confronti del conduttore, salvo il diritto al risarcimento dei danni verso il condomino-locatore, ove la sua attività risulti pregiudizievole agli interessi della comunione». Nello stesso senso, nonostante che il giudice qualifici il contratto di locazione «totalmente inefficace» Trib. Cagliari, 7 giugno 1993, in *Riv. giur. sarde* 1994, p. 394 si legge che la maggioranza dissenziente difetta «della legittimazione ad agire, nell'interesse della comunione, per il rilascio immediato del bene locato a causa dell'evidente contrasto fra i comproprietari» i quali «hanno diritto esclusivamente al risarcimento dei danni». Sulla contraddittorietà di questa pronuncia v. G. GABRIELLI e F. PADOVINI, *o.c.*, p. 96. In senso opposto, per l'opponibilità del contratto alla maggioranza dissenziente, Cass., 27 gennaio 1982, n. 538, cit., e in dottrina, A. PINO, *Validità*, cit., p. 862, e A. TABET, *o.c.*, p. 192: «In tutti i casi di locazione ad opera di uno o più condomini fuori dei poteri loro attribuiti dalle norme sulla comunione (...) il contratto concluso sarà, rispetto ai condomini non partecipanti [alla stipulazione] non efficace, come qualsiasi locazione a non domino».

stesso bene, legittimandone la possibile reazione, il ricorso a rimedi giuridici se del caso anche possessori.

Per le stesse ragioni si potrà infine ritenere che anche la locazione conclusa dai comunisti (o dal singolo comunista) di minoranza sia inopponibile agli altri: mi pare infatti indubitabile<sup>115</sup> che, ad eccezione del diritto di «tutti i partecipanti» ad essere «preventivamente informati» sull'argomento di ogni decisione che si intenda successivamente adottare (art. 1105, comma 3)<sup>116</sup>, la posizione dei comunisti di maggioranza sia giuridicamente equivalente a quella di un proprietario esclusivo; quanto meno ai fini della locazione infranovenale<sup>117</sup>.

7. - Si è più sopra riscontrato che dottrina e giurisprudenza concordano nel ritenere valida la locazione *a non domino*; e che qualificata tale quella conclusa dalla minoranza dei comunisti, ne deducano di solito l'inefficacia dall'art. 1105, in modo da tutelare la maggioranza dissenziente<sup>118</sup>.

Parrebbe che il conflitto che oppone maggioranza a minoranza sia quindi questione tutta interna alla comunione, che abbia dunque a riguardare solamente quanti vi partecipano.

Applicati all'ostinata presa del maggior comunista introdotto al § 3 - ottenere «direttamente l'uso ed il godimento a lui spettante», *id est* possedere lui solo e per intero l'appartamento - i precedenti rilievi comportano la dissoluzione del rapporto locativo formato e instaurato dalla madre col figlio.

A ben vedere è comunque su quest'ultimo - estraneo alla comunione e parte del contratto di locazione - che prevalentemente si riversano gli effetti della soccombenza: reintegrare nel possesso del bene il proprietario della maggior quota necessariamente importa il rilascio dell'abitazione, la cessazione di detenzione e godimento del conduttore. E poiché *tertium non datur*, dentro il padre e fuori il figlio. Indotto da disposizioni codicistiche sulla comunione, derivato da regole dai risvolti patrimoniali e da maggioranze misurate sull'appartenenza, il risultato è dato per scontato.

Se si intendesse cercare di rimuoverlo con una «valutazione degli

<sup>115</sup> In argomento, v. *retro*, § 5, ed *infra*, § 7.

<sup>116</sup> *Retro*, § 4.

<sup>117</sup> *Retro*, § 6.

<sup>118</sup> La frase in D. RUBINO, *La valutazione degli interessi*, cit., c. 6, cui «non sembra lecito per l'interprete modificare tale contenuto» a suo piacimento.

interessi in conflitto, la quale faccia apparire preferibile una loro composizione, diversa da quella adottata da quella singola norma»<sup>119</sup>, sarebbe certamente inutile appellarsi alla moltitudine di sentenze con cui la giurisprudenza - all'accertato fine di derivarne validità ed efficacia, e da sempre resistendo ad ogni pur motivato rilievo critico - suppone e propone in modi diversi la precaria consistenza di una presunzione di consenso a seguito della quale i comunisti di maggioranza verrebbero a condividere la locazione disposta dalla minoranza<sup>120</sup>. A precluderne l'operatività nella concreta fattispecie sono infatti consapevolezza e conoscenza dell'opposto interesse del marito, ripetutamente dichiarato alla moglie fattasi ciononostante locatrice.

Altrettanto inseribili a scalfire la posizione dominante del titolare del «terribile diritto» sono le continuative preoccupazioni del legislatore - da ben prima del codice del 1942 e quindi anche antecedenti l'avvento della Costituzione<sup>121</sup> - per la durata minima del rapporto locativo, soprattutto se abitativo. Dalla disfatta di Caporetto e fino ai nostri giorni, pressoché senza soluzioni di continuità, variabili norme evidenziano a chiare lettere un processo di «decodificazione»<sup>122</sup> centrato sulla *voluntas* di una moltitudine di leggi speciali

<sup>119</sup> V. *retro*, § 4.

<sup>120</sup> V. *retro*, nota 50.

<sup>121</sup> Alternativo al codice, che della «locazione di una casa per abitazione», all'art. 1607 disciplina la durata massima, senza preoccuparsi di indicare quella minima. Per dettagliati riferimenti alle fonti in argomento, v. G. GALLI, *La locazione ad uso abita-*

*tativo*, cit., spec. p. 163 ss.

<sup>122</sup> Che la tutela della persona, «come singolo e come partecipe della realtà sociale», sia «bene costituzionalmente rilevante», sostiene tra gli altri M.A. URSICOLI, *La tutela del singolo nei partiti politici*, Napoli 1990, p. 26; v. anche l'affermazione di P. PERLINGIERI, in G. VENTURI (a cura di), *Persona e mercato. Lezioni*, Padova 1996, p. 106: «nella nostra Carta Costituzionale, i diritti dell'uomo rappresentano il punto di partenza, il valore forte sul quale è costruito l'intero sistema». Della famiglia «finalizzata all'educazione e alla promozione di coloro che vi appartengono», scrive ancora P. PERLINGIERI, da ultimo *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, cit., p. 919.

Che le tecniche interpretative non possano prescindere dai valori fondamentali dell'ordinamento giuridico, sostiene notoriamente P. PERLINGIERI, anche o.m.c., cap. XI, e precedentemente Id., *Norme costituzionali e rapporti di diritto civile* (1980), in *Scuole, tendenze e metodi*, cit., p. 120; Id., *Introduzione alla problematica della «pro-prietà»*, Camerino-Napoli 1971, pp. 21 ss., 65 ss. e 123 ss.; Id., *La personalità umana nell'ordinamento giuridico*, Camerino-Napoli 1972, pp. 20 ss., 40 ss. e 150 ss.; Id., *Profili istituzionali del diritto civile*, in *Lezioni*, Camerino-Napoli 1976, pp. 40 s. e



di mantenere l'inquilino nell'abitazione e di conservargliene il godimento il più a lungo possibile. Per poter essere in qualche misura considerate e applicate al figlio conduttore, il negozio locativo che lo concerne dovrebbe però essere valido (e sono in tanti a ritenere tale); e pure opponibile al titolare effettivo del bene (il che è almeno dubitabile, per quanto si è visto).

Tutt'altro che soccorso dalle norme del codice sulla comunione, che nel conflitto privilegiano la tutela proprietaria, e sottratto alla tutela del conduttore apprestata dalle leggi speciali sulla locazione abitativa, il figlio sembra dunque abbandonato al suo destino, obbligato a sottostare alle determinanti decisioni paterne.

Se così è, è perché analisi e valutazione della locazione in oggetto si mantengono e si esauriscono nell'ambito e tra i confini della comunione, nient'altro perciò considerando che le ragioni dell'appartenenza.

È però anche vero che ognuno dei tre personaggi della concreta vicenda assomma in sé più ruoli. Soggetti principali del conflitto, i due coniugi sono comproprietari dell'appartamento acquistato in quote disuguali; e intervenuta la loro separazione, divorziano. La ex moglie è madre del conduttore; e con lui ha concluso la locazione dell'intera abitazione. Con lei l'ex marito ha in comune il figlio (con dunque la potestà che gli deriva dall'art. 155 *bis* e i doveri di cui all'art. 147); ha pure in comune il bene di cui pretende il rilascio, perché a suo avviso da questa illegittimamente locato. Il figlio di entrambi è l'inquilino contestato dal padre. E probabilmente seguita a stare con la madre – sua locatrice, ed avvezza a seguire leggi e norme in quanto avvocato – nella stessa casa che fu in origine residenza coniugale; che poi, nella separazione dei genitori e lui allora minorenni, era stata assegnata dal giudice ai sensi dell'allora art. 155, comma 1; che infine, pendente la procedura di divorzio durante la quale diventa maggiorenne e l'assegnazione abitativa è revocata, è subito oggetto del contratto di locazione tra genitrice e figlio.

Può essere quindi il caso di integrare l'indagine. Di spostarla dall'ambiente a contenuti patrimoniali della comunione a quello prevalentemente personalistico della famiglia, nella Carta costituzionale concepita servente la promozione delle persone che la compongono<sup>123</sup>.

<sup>99</sup> ss., quanto alla «funzionalizzazione delle situazioni patrimoniali (...) alle situazioni esistenziali della persona». V. anche *infra*, nota 145.

<sup>123</sup> Per F.D. BUSNELL, *Libertà e responsabilità dei coniugi nella vita familiare*, in

Si tratta di verificare se il mutato contesto – che almeno in alcuni aspetti resiste allo scioglimento del matrimonio<sup>124</sup> – influisca sulla sorte della locazione; o se invece consolidi la pretesa del padre confermando i risultati acquisiti dalle regole del codice.

Il proposto mutamento di prospettiva può non convincere, naturalmente.

A supporto di un possibile dissenso si vorrà magari citare, anzitutto e per autorevolezza, l'insegnamento del giudice delle leggi – «tra più possibili interpretazioni della norma si deve scegliere l'interpretazione ritenuta conforme a Costituzione»<sup>125</sup> – e successivamente richiamare la tesi di quanti concepiscono il diritto all'abitazione come chiamare la tesi di quanti concepiscono il diritto di soddisfare un'esigenza primaria della persona<sup>126</sup>. Dal che si intenderà derivare che un'interpretazione che ipotizzasse di frapportare limiti all'opposizione

*Riv. dir. civ.*, 1973, I, spec. p. 133 ss., l'«unità familiare» di cui è parola nell'art. 29, comma 2, cost., resiste alla cessazione della convivenza tra i coniugi, qualora sia necessario tutelare altri dei suoi componenti. Secondo P. PERLINGIERI, *Riflessioni sull'«unità della famiglia»* (1970), in *Rapporti personali nella famiglia*, Napoli 1982, p. 406, e *Id.*, *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, cit., p. 929, «l'unità della famiglia ha un senso compiuto anche in presenza dello scioglimento del matrimonio». F. RUSCETTO, *Affidamento «conditico», «collocazione abitativa» del figlio e dovere di «cura» dei genitori*, in *Id.* (a cura di), *Studi in onore di D. Mesmeriti*, Napoli, 2008, p. 860, ricorda che «già prima della riforma del 1975», l'art. 6 l. div. aveva affermato «la centralità dell'interesse del minore», ascrivendo ai genitori «gli stessi doveri» anche «con il passaggio a nuove nozze».

Dedica particolare attenzione all'elaborazione della giurisprudenza costituzionale sul tema dell'«unità familiare», G. FERRANDO, *I rapporti personali tra coniugi: principio di eguaglianza e garanzia dell'unità della famiglia*, in M. Sestà e V. CUPARO (a cura di), *Persona, famiglia e successioni nella giurisprudenza costituzionale*, Napoli 2006, p. 133 ss.

<sup>124</sup> Così Corte cost., ord., 23 febbraio 1989, n. 63, in *Giur. cost.*, 1989, p. 342, che lo dichiara «principio più volte affermato» (anche da Corte cost., n. 171 del 1986) e dunque consolidato.

<sup>125</sup> La frase è di P. PERLINGIERI, *I mobili confini dell'autonomia privata*, in *Id.*, *Il diritto dei contratti fra persona e mercato. Problemi del diritto civile*, Napoli 2003, p. 22. Sostanzialmente conformi, la preesistente e stimolante riflessione di U. BRACCIA, *Il diritto all'abitazione*, Milano 1980, p. 10 ss., e le successive considerazioni di M. TRIMARCHI, *La locazione abitativa*, cit., p. 29. Sugli orientamenti della Corte cost. in argomento, alcuni riferimenti in M.S. MERALDI, *Liquidazione e vicende matrimoniali*, Milano 2000, p. 111.

<sup>126</sup> D. RUBINO, *La valutazione degli interessi*, cit., c. 5, da cui estraggo anche la frase successiva, con l'avvertenza che appartengono entrambe ad un diverso contesto argomentativo.

del proprietario di una casa (pur in comproprietà) a che altri – figli compresi, e poco importa se minori d'età o maggiorenni – la utilizzi *volente domo, sacrifica* un «esigenza primaria» e viola il «principio costituzionale».

Bonità delle citazioni a parte, poiché a ben vedere «gli interessi in contrasto» – virgolettandole uso ancora parole di Domenico Rubino,<sup>127</sup> – anche in tale argomentare sono misurati esclusivamente col metro dell'appartenenza, è effetto pressoché naturale che l'interesse del padre «appaia prevalente» e vada «quindi tutelato a preferenza dell'altro»<sup>128</sup>.

A chi confida in una simile conclusione è del tutto indifferente che tra quelle mura di cui il padre rivuole il possesso, suo figlio ci sia sempre stato e vi abbia da sempre vissuto. Da minore finché i genitori erano uniti e quella era la loro e la sua residenza (art. 45, comma 2); e dopo, quando nella loro separazione, «tenendo prioritariamente conto» dei di lui interessi (art. 155 *quater*, comma 2) «morale e materiale» (art. 155, comma 1, 155 *sexies*, comma 2)<sup>129</sup>, il giudice ne aveva attribuito il godimento alla madre, cui era stato affidato e con la quale conviveva. Da ultimo, acquistata la capacità di agire, vi è rimasto in veste di conduttore ed ancora con la madre sua locatrice.

<sup>127</sup> Significativamente, nel conflitto tra contrapposte esigenze c.d.d. abitative, *mutatis mutandis* lo sostenevano decisioni risalenti: «tra il proprietario, che pretende di usare per sé la sua cosa, e il conduttore, che reclama il mantenimento della proroga legale, deve darsi la preferenza al proprietario» (Cass., 15 aprile 1955, n. 1044, in *Rep. Foro it.*, 1955, voce *Locazione*, c. 1369, n. 637), «data la priorità del [suo] diritto» ed «anche se maggiori (...) siano le esigenze» del conduttore (Cass., 21 aprile 1979, n. 2240, *ivi*, 1979, voce cit., c. 1716, n. 340); anzi, «occorre tener conto esclusivamente della situazione del locatore (...) senza possibilità di comparare la stessa con quella del conduttore» (Cass., 7 aprile 1986, n. 2411, *ivi*, 1986, voce cit., c. 2041, n. 490).

<sup>128</sup> Secondo l'interpretazione giurisprudenziale dell'art. 155 (nella formulazione pressoché alla sua riscrittura ex l. 8 febbraio 2006, n. 54), poiché il giudice è «titolare di un potere-dovere improntato a difesa di un superiore interesse dello stato alla tutela e alla cura dei minori» (Cass., 7 giugno 1982, n. 3438, in *Rep. Foro it.*, 1955, voce *Separazione di coniugi*, c. 2712, n. 78), nel giudizio di separazione dei coniugi ed in quello di divorzio «i provvedimenti necessari alla tutela materiale e morale dei figli (...) debbono adottarsi di ufficio (...) in quanto rivolti a soddisfare esigenze e finalità pubblicistiche sottratte alla disponibilità» dei genitori (Cass., 18 ottobre 1984, n. 5267, *ivi*, 1984, voce cit., c. 2792, n. 43).

<sup>129</sup> Se negativi – secondo la provocazione di M. BUTTITA, *La crisi attuale della famiglia: divorzio dei minori dai genitori*, in *Vita not.*, 1998, suppl. al n. 1, p. LXXXII ss. – avrebbero potuto legittimare il suo divorzio da entrambi.

Dati di fatto che non lasciano intravedere più di tanto il rapporto col padre in particolare, e più complessivamente i sentimenti del figlio nei confronti di entrambi i genitori<sup>130</sup>. Esprimono però stabilità e abitudine nella medesima residenza. Più ancora, il maturare della sua personalità nella continuativa convivenza con la madre e sotto lo stesso tetto, con essa condividendo tenore di vita, abitazione, affetti, intimità<sup>131</sup>.

In modi diversi fanno comunque riflettere gli opposti comportamenti di ciascuno dei due genitori nei confronti del figlio. L'atto negoziale della madre anzitutto.

Se invece che compiuto nel proprio interesse e per far torto all'ex

<sup>130</sup> Nella recente Cass., 20 gennaio 2006, n. 1198, in *Giur. it.*, 2006, I, p. 1595, è scritto che la «casa familiare è l'*habitat* domestico, il luogo degli affetti, degli interessi e delle consuetudini della famiglia». Considerandola dal punto di vista del figlio nella crisi coniugale dei genitori, il cit. App. Milano, 8 maggio 2008, ne sottolinea l'«attaccamento abitudinario al luogo di risalete residenza, ed anzitutto alla casa di famiglia ed a quanto poteva rimanerne ancora sul piano affettivo».

In anni ormai lontani, la sensibilità di C.M. BIANCA, *Notazioni per una disciplina particolare in tema di vendita di case*, in *Giur. it.*, 1974, IV, c. 15, aveva anticipato che «la casa non è un bene qualsiasi ma è la sfera materiale nella quale si svolge l'intimità della vita personale e familiare». Ancor prima, A. TABET, *La locazione-conduzione*, cit., p. 46 s., aveva sostenuto che «il diritto alla casa (...) si presenta non meno imperioso di quello del lavoratore ad una retribuzione sufficiente ad assicurare a sé e alla famiglia un'esistenza libera e dignitosa». Ulteriori riferimenti in nota 126.

Benché episodicamente valorizzata da alcune norme – si guardi, ad esempio, ai primi due commi dell'art. 2122, oppure, nelle «Disposizioni per le locazioni e sublocazioni di immobili urbani» cui era intitolata la l. 23 maggio 1950, n. 253, l'art. 1, ult. cpv., e nella sua sca. l'art. 6, comma 1, della legge c.d. sull'equo canone –, nella concreta fattispecie la convivenza non può essere tuttavia assunta a rimedio per stabilizzare lo stato *quo ante* ed assicurare la permanenza del figlio assieme alla genitrice tra le vissute mura: anche nelle disposizioni appena citate, la convivenza ha sì modo di conservare giuridicamente una situazione ed impedire che il suo dissolvimento pregiudichi i soggetti tutelati; ma questi ultimi sono, in ogni caso, i superstiti in una vicenda successoria.

Con trepidante tenerezza ed emozione, penetrano con nel rapporto tra madre e figlio le belle pagine di D. GROSMANN, *A un cerbiatto somiglia il mio amore*, Milano 2008.

<sup>131</sup> In caso contrario avrebbe potuto concedere in locazione solamente la sua quota. Il che non esclude quanto afferma D. MESSINETTI, *Diritti della famiglia e identità della persona*, in *Riv. dir. civ.*, 2005, I, p. 152, sul fatto cioè che «troppo spesso l'egoismo del genitore – che, pure, in qualche modo si giustifica nella ricerca di una piena affermazione della propria identità – sembra prevalere sugli interessi dei figli, soggetti deboli che subiscono le scelte degli adulti».





Ma i «nostri» giudici – quelli che in momenti diversi, in prece-  
denza ed anche loro in carne ed ossa, si erano pronunciati su seg-  
menti della complessiva vicenda: il tribunale che nel corso della pro-  
cedura di divorzio, su richiesta del marito, revoca l'assegnazione della  
casa familiare disposta a favore del minore nel procedimento di se-  
parazione dei coniugi; l'altro che condanna il figlio a lasciare l'abita-  
zione condotta in locazione – avrebbero potuto decidere diversamente, assumere «provvedimenti convenienti» a fugare *ab origine* la  
pregiudizievole volontà paterna<sup>137</sup>?

In altre parole e insomma: il figlio poteva rimanere dov'era, man-  
tenere l'*habitat* domestico cui era fin dalla nascita abituato?

Accettare l'invito anche recentemente riproposto a non «fermarsi  
all'analisi dei singoli diritti e obblighi» senza «esaminarne le correla-  
zioni», a non «approfondire il potere attribuito ad un soggetto» senza  
comprendere «al contempo i doveri, gli obblighi, gli interessi degli  
altri»<sup>138</sup>, dilata la prospettiva implementandola delle «correlazioni» col  
versante non proprietario.

Ma nel caso specifico non sembra interessare se quasi nessuno –  
almeno a quanto pare – se ne avvale<sup>139</sup>: non c'è infatti qualcuno in

<sup>136</sup> In una diversa fattispecie, Trib. min. Bari, Proc. rep., 9 settembre 1975, in *Dir. fam. pers.*, 1976, p. 147 ss., aveva fatto diretta applicazione dell'art. 2 cost., per evi-  
tare pregiudizi all'interesse primario della tutela del minore.

<sup>137</sup> Così, in «prospettiva relazionale», P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella lega-  
lità costituzionale*, cit., p. 686 (e p. 877, quanto al diritto di proprietà), di cui v. pre-  
cedentemente *Dei modi di estinzione dell'obbligazione diversi dall'adempimento*, in  
*Comm. cod. civ.* Scialoja e Branca, Bologna-Roma 1975, spec. p. 33 ss.

<sup>138</sup> Unica eccezione è infatti un passo dell'ordinanza (di remissione alla Corte  
cost.) di Trib. Busto Arsizio, 25 ottobre 2006, cit., in cui si contrappone «l'interesse  
della prole a conservare il proprio habitat domestico e quello del coniuge non asse-  
gnatario a riacquistare la libera disponibilità del bene, ossia tra il diritto di valenza  
altamente personalistica dei figli ad usufruire dell'ambiente domestico con cui hanno  
instaurato un legame affettivo da quello prettamente patrimoniale del titolare di un  
diritto dominicale sull'immobile». Ad un «attaccamento abitudinario al luogo di ri-  
salente residenza, ed anzitutto alla casa di famiglia ed a quanto poteva rimanere an-  
cora sul piano affettivo», dà anche rilievo il cit. App. Milano, 8 maggio 2008, nel ri-  
valutare la posizione del medesimo conduttore considerato da Trib. Busto Arsizio,  
3 aprile 2006, cit.

<sup>139</sup> La frase virgolettata in D. MESSINETTI, *Abuso del diritto*, in *Enc. dir.*, 388, II,  
Milano, 1998, p. 1 ss. Sulla distinzione tra abuso del diritto ed atto emulativo, cfr.  
la risalente analisi di A. GROPPALI, *Atto emulativo, abuso di diritto, sciemmento di  
potere ed abuso di potere*, in *Riv. dir. priv.*, 1940, I, p. 26 ss., cui fanno seguito le  
imposizioni di U. NATOLI, *Note preliminari ad una teoria dell'abuso del diritto nel-*

cerca di «una valutazione eteronoma delle modalità di esercizio del  
potere»; o che eccepisca, oppure si chieda, se nelle domande giudi-  
ziali avanzate da colui che è insieme marito e genitore siano ravvisa-  
bili i profili dell'abuso del diritto, o piuttosto le sembianze dell'atto  
emulativo<sup>140</sup>.

Eppure nell'indicata dimensione relazionale, nella «valutazione de-  
gli interessi in conflitto» per la «composizione di quel conflitto»<sup>141</sup>,

*l'ordinamento giuridico italiano* (1958), in *Id.*, *Diritti fondamentali e categorie gene-  
rali*, Milano 1993, p. 511 ss.; SALV. ROMANO, *Abuso del diritto*, in *Enc. dir.*, I, Mi-  
lano 1958, p. 166 ss.; P. RESCIGNO, *L'abuso del diritto* (1965), in *Id.*, *L'abuso del di-  
ritto*, Bologna 1998, pp. 11 ss., 50 ss., 276 s.; U. BRECCIA, *L'abuso del diritto*, in *Di-  
ritto privato* 1997, III, *L'abuso del diritto*, Padova 1998, p. 5 ss.; R. SACCO, *L'abuso  
della libertà contrattuale*, in *Dir. priv.*, 1997, p. 217 ss.; L. FERRONI, *Spunti per lo  
studio del diritto d'abuso delle situazioni soggettive patrimoniali*, in P. PERLINGIERI  
(a cura di), *Temi e problemi della civiltà contemporanea. Venticinque anni della  
Rassegna di diritto civile*, Napoli 2005, p. 313; E. NAVARETTA, *Complessità dell'ar-  
gomentazione*, cit., p. 782 ss.; L. TULLIO, *Eccezione di abuso e funzione negoziale*,  
Napoli, 2005, p. 227 ss.; M.P. MARTINES, *Teorie e prassi sull'abuso del diritto*, Pa-  
dova 2006. Per la giurisprudenza, cfr. Trib. Roma, 28 febbraio 1983, in *Foro it.*, 1984,  
I, c. 1985; Trib. Bologna, 5 novembre 1970, *ivi*, 1970, I, c. 1030 ss.; Cass., 4 marzo  
1960, n. 402, in *Giust. civ.*, 1960, I, p. 682 ss.

<sup>140</sup> Naturalmente entrambe le frasi virgolettate sono espunte da D. RUBINO, *La  
valutazione degli interessi*, cit., c. 4.

<sup>141</sup> Le «aspirazioni» condizionano e qualificano perciò l'adempimento dell'«ob-  
bligo di mantenere, istruire ed educare» dei genitori.

Per Cass., 22 marzo 2005, n. 6197, in *Rep. Foro it.*, 2005, voce *Separazione di  
coniugi*, p. 1637, n. 125, il «dovere di mantenere, istruire ed educare la prole (...),  
impone ai genitori, anche in caso di separazione, di far fronte ad una molteplicità  
di esigenze dei figli, certamente non riconducibili al solo obbligo alimentare, ma ine-  
vitabilmente estese all'aspetto abiativo, scolastico, sportivo, sanitario, sociale, alla as-  
sistenza morale e materiale, alla opportuna predisposizione – fin quando la loro età  
lo richieda – di una stabile organizzazione domestica, adeguata a rispondere a tutte  
le necessità di cura e di educazione»; così, pure Cass., 19 marzo 2002, n. 3974, *ivi*,  
voce cit., p. 1909, n. 66.

Da tempo si ritiene anche, per lo più con riferimento all'assegno di manteni-  
mento disposto a favore del figlio affidato all'altro coniuge, che «non può essere ri-  
dotto per il solo fatto del raggiungimento della maggiore età da parte di detto fi-  
glio, occorrendo che il debitore deduca e dimostri la ricorrenza di una delle situa-  
zioni che escludono il persistere dell'obbligo di mantenimento della prole dopo la  
maggiore età (capacità del figlio di provvedere a sé con appropriata collocazione in  
seno al corpo sociale, sua convivenza in altri nuclei familiari o comunitari, colpa del  
medesimo per il mancato espletamento di attività lavorative, ecc.)»; Cass., 28 aprile  
1980, n. 2784, in *Rep. Foro it.*, 1980, voce *Separazione di coniugi*, c. 2513, n. 56, in  
seguito, cfr. Cass., 4 marzo 1998, n. 2392, *ivi*, 1998, voce cit., p. 1958, n. 65; Cass.,

assumono accentuato rilievo e consistenza giuridica i diritti e i complessivi interessi esistenziali – «morale e materiale» (art. 155, comma 1, e 155 *sexies*, comma 2) – del figlio, la sua «inclinazione naturale» e le sue stesse «aspirazioni»<sup>142</sup>, di cui, nel solco dell'art. 30, comma 1, cost., è scritto dal 1975 nell'attuale versione dell'art. 147 del codice. Di conseguenza, l'esser maggioranza nella comunione, i poteri ed i diritti proprietari che si son visti modellarla, la concezione tutta patrimoniale e in concreto tutt'altro che eticamente<sup>143</sup> imposta del padre, risultano degradati in corrispondente misura.

7 maggio 1998, n. 4616, *ivi*, 1998, voce cit., p. 1958, n. 64; Cass., 7 aprile 2006, n. 8221, cit.: «il limite di persistenza» dell'«obbligo del genitore di concorrere al mantenimento del figlio» non cessa «*ipso facto* con il raggiungimento della maggiore età» di questi, ma «va determinato, non sulla base di un termine astratto (ancorché desunto, come nel caso, dalla media della durata degli studi in una determinata facoltà e dalla normalità del tempo mediamente occorrente ad un giovane laureato, in una data realtà economica, affinché questo possa trovare impiego), bensì sulla base (sol tanto) del fatto che il figli, malgrado i genitori gli abbiano assicurato le condizioni necessarie (e sufficienti) per concludere gli studi intrapresi e conseguire il titolo indispensabile ai fini dell'accesso alla professione auspicata, non abbia potuto trarne profitto, per inesussabile trascuratezza o per libera (ma discutibile) scelta delle opportunità offertegli, ovvero non sia stato in grado di raggiungere l'autosufficienza economica per propria colpa».

<sup>142</sup> Sull'incidenza dell'etica nel diritto, cfr. in particolare L. LONARDO, *Ordine pubblico e illecità del contratto*, Camerino-Napoli 1992, p. 231 ss.; A. PALAZZO e L. FERRANTI, *Etica del diritto privato*, I e II, Padova 2002; F. VIOLA, *Il diritto come pratica sociale*, Milano 1990; Id., *Etica e metaetica dei diritti umani*, Torino 2001. Scrive di un recupero, nella «società della globalizzazione», della «dimensione di moralità del diritto, che torna ad essere scienza dei fini, non semplicemente dei mezzi», N. LIPARI, *La forza del numero e la legge della ragione (riflessioni a margine di un libro di Francesco Galgano)*, in *Contr. impr.*, 2008, p. 1198.

<sup>143</sup> Nella rubrica dell'art. 147 del codice, è parola solamente di doveri.

In *Introduzione al Codice civile*, 2ª ed., Roma-Bari 1972, p. 62 ss., P. RESCIGNO esclude invece l'applicabilità diretta delle norme costituzionali. Ma diversamente da G. OPO, *L'iniziativa economica*, in *Riv. dir. civ.*, 1988, I, p. 312, per il quale è «inevitabile», almeno in tema di proprietà, «una lettura della Costituzione in chiave codicistica», P. RESCIGNO, *Per una rilettura del Codice civile*, in *Giur. it.*, 1968, IV, spec. c. 224, è fautore di una interpretazione del codice e delle leggi speciali «alla luce della Costituzione repubblicana», che ha seguito in giurisprudenza: oltre a Cass., 23 maggio 2003, n. 8188, in *Dir. giur.*, 2004, p. 104 ss., anche Cass., 13 settembre 2005, n. 18128, in *Danno resp.*, 2006, p. 104 ss.; precedentemente, in Pret. Salerno, 23 febbraio 1993, in *Dir. giur.*, 1995, p. 271, può leggersi della «non differibilità di una rilettura di tutto il diritto civile, nel suo complesso, alla luce dei principi costituzionali», e in Cass., 24 settembre 1999, n. 10511, in *Foro it.*, 2000, I, c. 1938 s., di un «generale fenomeno di rilettura degli istituti codicistici in senso conformativo ai

Lo sono più ancora e a maggior ragione se, fondata sull'appartenenza, sullo stampo codicistico del «diritto di godere e di disporre in modo pieno ed esclusivo» (art. 832), la pretesa paterna sull'«uso ed il godimento» diretto della specifica abitazione in cui vivono i suoi familiari, si confronta con i principi fondamentali e gli enunciati della prima parte della legge fondamentale.

La Repubblica della Costituzione «riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo». E richiede anzitutto ai «cittadini» – alla cui fedeltà affida *in primis* la propria vitalità (art. 54, comma 1, cost., oltre al testo di promulgazione della legge delle leggi) – «l'adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale» (art. 2 cost.).

Centrato sul valore e la dignità della persona, plasmato da solidarietà ed eguaglianza, il sistema costituzionale dei diritti e dei correlati doveri – privilegiati e prevalenti su quelli che derivano da fonti sortordinate – coinvolge persone, rapporti intersoggettivi, formazioni sociali, istituzioni, «organi dello Stato», e li salda in un unico progetto. In termini di «funzione sociale», vi condiziona il riconoscimento e la tutela della proprietà privata (art. 42, comma 2, cost.).

Ne fa partecipe la famiglia, società «naturale fondata sul matrimonio» ed ordinata «sull'eguaglianza morale e giuridica dei coniugi» (art. 29 cost.). Anch'essa formazione sociale, vi «si svolge» la «personalità» dei suoi componenti, dei figli prioritariamente: il testo dell'art. 30, comma 1, cost. compenetra a tal punto le posizioni giuridiche dei genitori che il loro dovere di «mantenere, istruire ed educare» è un tutt'uno e coincide col diritto di «mantenere, istruire ed educare»<sup>144</sup>.

Ed allora, qualunque sia la valutazione attorno ad una «funzione sociale» variamente intesa e fin dall'origine discussa<sup>145</sup>, non si avrà co-

preccetti superiori della sopravvenuta Costituzione repubblicana». Rilevi critici in proposito, anche da parte di A. SCALISI, *Il valore della persona nel sistema e i nuovi diritti della personalità*, Milano 1990, p. 62 ss.

Indicazioni su ulteriori concezioni dottrinali, in P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, cit., cap. XI, p. 535 ss., cui rinvio per l'analitica consapevolezza critica e gli ampi riferimenti bibliografici.

<sup>144</sup> Una rassegna di tesi – compresa quella di D. RUBINO, *Oltremare tendenze sui limiti del diritto di proprietà*, in *Ann. Università Macerata*, 1948, p. 24 s. – variamente critiche nei confronti della formula costituzionale, in P. PERLINGIERI, anche in *o.n.c.*, p. 885 ss.

<sup>145</sup> Nella considerazione fin troppo ottimistica di F. MARINELLI, *Funzione sociale*

munque difficoltà a percepirla come antitetica e confliggente con l'insistenza pretesa di chi, per andarci ad abitare lui da solo, solo lui che ne è il maggior proprietario<sup>146</sup>, non ha evidentemente remore ad estromettere figlio (ed ex coniuge) dalla casa in cui vivono. La richiesta di rilascio confligge inoltre con i doveri di entrambi i genitori: con l'educare, dovendosi supporre che anche il padre – con l'esempio, più che con discorsi e a parole – debba connotarlo di solidarietà «politica, economica e sociale»; e non meno col mantenimento, vistosamente violato dal mettere figlio ed ex coniuge fuori della porta di casa.

della proprietà e natura delle cose dall'«avere» all'«essere», in M. TAMPONI e G. GABRIELLI (a cura di), *I rapporti patrimoniali nella giurisprudenza costituzionale*, Napoli 2006, p. 32, la metamorfosi «da una proprietà basata sull'«avere» ad una proprietà basata sull'«essere», strumento per la crescita esistenziale della persona, appare, nel suo divenire e nonostante tutto, un processo acquisitivo».

<sup>146</sup> Ripetutamente sostenute da P. PERLINGIERI – *Produzione scientifica*, cit., p. 24 s.; Id., *Introduzione alla problematica della «proprietà»*, cit., p. 74 ss.; Id., *La personalità umana*, cit., p. 131; Id., *Profilo istituzionali del diritto civile*, cit., p. 17; Id., *Norme costituzionali*, cit., p. 120 ss.; Id., *Valori normativi*, cit., p. 796 ss.; Id., *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, cit., cap. XI –, la concezione sul «diritto civile costituzionale» e la tesi sull'applicazione diretta delle norme costituzionali da parte dell'interprete, sono attualmente consolidate: tra altri, cfr. infatti A. IANNELLI, *La proprietà costituzionale*, Napoli 1980, pp. 13 ss., 33 ss., 257; L. ELIA, *La giustizia costituzionale nel 1982*, in *Giur. cost.*, 1983, I, p. 689; M.R. MORELLI, *Materiali per una riflessione sulla applicazione diretta delle norme costituzionali da parte dei giudici*, in *Rev. dir. trim.*, 1999, II, p. 3 ss.; N. LUPARI, *Valori costituzionali e procedimento interpretativo*, in *Rev. trim.*, 2003, p. 873 ss.; S. PATTI, *Fascismo, codice civile ed evoluzione del diritto privato*, in Id., *Codificazioni ed evoluzione del diritto privato*, Roma-Bari 1999, p. 17 ss.; V. SCALISI, *Regola e metodo nel diritto civile della postmodernità*, in *Rev. dir. civ.*, 2005, p. 283 ss., e a p. 288 l'affermazione che «la difesa e l'attuazione dell'ordine giuridico della legalità costituzionale costituiscono scelte di merito non solo obbligate ma irrinunciabili e senza alternative». Esse trovano riscontri ed applicazioni in molteplici settori: ne danno tra l'altro conto le rassegne di A. CERRI, *La Costituzione ed il diritto privato*, in *Tratt. dir. priv.*, Rescigno, I, 2<sup>a</sup> ed., Torino 1999, p. 129 ss.; di P. FEMIA (a cura di), *Interpretazione a fini applicativi e legittimità costituzionale*, Napoli 2006, *passim*, e dello stesso P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, cit., p. 547 ss. (a p. 546, nota 44, anche eccedendo a F. VIOLA, in F. VIOLA e G. ZACCARIA, *Diritto e interpretazione*, cit., p. 373, di scrivere tardivamente – sui principi costituzionali che sono «diritto positivo a tutti gli effetti» e che non sembrano più svolgere una funzione «soltanto ausiliaria rispetto alle disposizioni normative» – le stesse cose personalmente anticipate anche ne *La personalità umana*).

Cfr., comunque ed in *primis*, S. PUGLIATTI, *La retribuzione sufficiente e le norme della Costituzione*, in *Rev. giur. lav.*, 1949-1959, I, p. 190.

Nel delineato contesto costituzionale<sup>147</sup> in séguito arricchito da previsioni di leggi speciali che vi hanno conformato la tutela della prole<sup>148</sup>, ragioni ed esigenze paterne risultano postergate, invano accreditate ed assistite da un diritto di appartenenza qui tutt'altro che «terribile»: il conflitto nel quale il figlio è coinvolto grazie al padre, va infatti risolto negando tutela – probabilmente avvocati e magistrati di cui ho detto all'inizio si esprimeranno con linguaggio più tecnico, proponendo inammissibilità, improponibilità, improcedibilità e quant'altro ritenuto utile alla bisogna – alla pretesa di utilizzazione diretta del genitore, in quanto prevaricante e perché lesiva interessi essenziali riconosciuti e protetti dall'ordinamento.

Infine, per *summum tribuere* ed assolvere un dovere di riconoscenza, ed insieme per confermare varietà e pluralità di sensibilità civiltistiche e dunque differenze di «temperamento personale dell'interprete»<sup>149</sup>; negli stessi anni in cui Domenico Rubino rifletteva sui canoni dell'art. 12 delle preleggi – con intelligente argomentare agguindandovi il criterio della «valutazione degli interessi in conflitto nell'interpretazione della legge», e con onestà intellettuale riconoscendogli valenza comunque residuale<sup>150</sup> –, la sapienza di Salvatore Pugliatti sollecitava il contributo di «cittadino, organo amministrativo, giudice», perché la Costituzione da poco allora entrata in vigore potesse «immediatamente» conseguire il «massimo grado possibile di attuazione»<sup>151</sup>.

<sup>147</sup> Con la riforma del diritto di famiglia, ma anche prima e dopo: dal remoto art. 46 della l. 1° dicembre 1970, n. 898 (in séguito sostituito dall'art. 11 della l. 6 marzo 1987, n. 74), sui casi di scioglimento del matrimonio, alla recente l. 8 febbraio 2006, n. 54, in materia di separazione dei genitori e di affidamento condiviso.

<sup>148</sup> La frase virgolettata di D. RUBINO, *La valutazione degli interessi*, cit., c. 5, è estratta da un più ampio periodo riportato *retro*, in nota 29, dove anche il riferimento al «subbiettivismo umano».

<sup>149</sup> V. *retro*, nota 48.

<sup>150</sup> S. PUGLIATTI, *La retribuzione sufficiente*, cit., p. 190. Più tardi, pure nella sua ultima lezione, Pugliatti insisteva sulla necessità di «trarre dalle norme contenute nella carta costituzionale le fondamentali direttive emmentiche e costruttive» del ragionamento giuridico: Id., *Terzi, oggi, domani. Ultima lezione*, Milano 1993, p. 20.